

Kjønn som en spesiell sosial gruppe
etter Flyktningkonvensjonen
- Med fokus på kvinner

Kandidatnummer: 742

Leveringsfrist: 25.04.15

Antall ord:



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Oppgavens tema og problemstilling	1
1.2	Metode	2
1.3	Rettskildebildet	3
1.4	Tolkningsregler og rettskilder for tolkningen av Flyktningkonvensjonen	6
1.5	Videre fremstilling	8
2	DEN ALMINNELIGE FLYKTNINGDEFINISJONEN.....	9
2.1	Flyktningbegrepet	9
2.2	Vilkårene for å få beskyttelse (asyl)	9
2.3	Ikke-diskriminering som prinsipp i Flyktningkonvensjonen.....	13
2.4	Flyktningkonvensjonen som dynamisk tolkningsinstrument.....	16
3	KVINNER SOM SPESIELL SOSIAL GRUPPE ETTER FLYKTNINGKONVENSJONEN.....	17
3.1	”Spesiell sosial gruppe”	17
3.1.1	Hva utgjør en ”spesiell sosial gruppe”	17
3.1.2	Hvorfor er det så vanskelig å slå fast at kvinner kan utgjøre en spesiell sosial gruppe?	20
3.2	Utviklingen i tolkningen av kvinner som ”spesiell sosial gruppe”	23
3.2.1	Vilkåret om årsakssammenheng	23
3.2.2	Utviklingen i konvensjonsgrunnen ”spesiell sosial gruppe” som sådan	26
3.2.3	Vilkåret om forfølgelse.....	34
3.3	Oppsummering.....	40
4	AVSLUTTENDE KOMMENTARER	44

5	LITTERATURLISTE	46
5.1	Lover	46
5.2	Forskrifter	46
5.3	Forarbeider	46
5.4	Utrekninger	46
5.5	Konvensjoner	46
5.6	Andre kilder	47
5.7	Rettspraksis	47
5.8	Statspraksis	47
5.9	Bøker.....	49
5.10	Artikler.....	50

1 INNLEDNING

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

I denne oppgaven skal det redegjøres for kjønn som spesiell sosial gruppe etter Flyktningkonvensjonen, med fokus på kvinner. I all hovedsak er det utviklingen på dette rettsområdet det skal redegjøres for, og hvilke krav som stilles for at dette grunnlaget skal kunne anvendes.

I forarbeidene til Lov av 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) står det på side 74 at “Det er særlig i forhold til forfølgelsesgrunnen ‘medlemskap i en spesiell sosial gruppe at det har hersket ulike synspunkter omkring tolkningen i norsk rett”¹. Dette kommer enda tydeligere frem når statspraksis fra andre land vurderes. Det er lite samhörighet mellom hvordan forskjellige land tolker konvensjonsgrunnen om spesiell sosial gruppe i Flyktningkonvensjonen.

Enda mer tvetydig er resultatene i statspraksis der *kvinner* som spesiell sosial gruppe vurderes. I forarbeidene påpekes det på side 88 at ”Det spørsmålet som har vært gjenstand for mest omfattende drøftelse i teori og praksis har (...) vært når det kan legges til grunn at en kvinne risikerer forfølgelse på grunn av “medlemskap i en spesiell sosial gruppe” (...)”².

Det kan hevdes at kvinner utsettes for forfølgelse på en annen måte enn menn³. Mange former for forfølgelse er anerkjent i rettspraksis fra mange land, som for eksempel kjønnslemlestelse, som i hovedsak er begrenset til å gjelde kvinner. I løpet av årene siden Flyktningkonvensjonen ble vedtatt har det blitt mer og mer tydelig at kvinner i mange tilfeller utgjør en spesielt utsatt gruppe i mange land. Det er likevel ikke tilsvarende antall tilfeller der det blir slått fast at visse grupper av kvinner utgjør en ”spesiell sosial gruppe” etter Flyktningkonvensjonen. Årsakene til dette kan være mange, og det skal belyses i denne oppgaven.

¹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)

² Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)

³ Fornah v Secretary of State for the Home Department, UK (2006) avsnitt 86

Det har siden Flyktningkonvensjonens vedtakelse, for 60 års siden, blitt utgitt en del retningslinjer og teori som belyser dette spørsmålet. Vi har likevel ikke kommet noe nærmere en universal fremgangsmåte på hvordan man skal slå fast om kvinner utgjør en spesiell sosial gruppe etter Flyktningkonvensjonen.

Ofte er måten å definere en ”spesiell sosial gruppe” unødvendig komplisert i tilfeller der denne konvensjonsgrunnen påberopes med grunnlag i kjønn. Det er antakelig bekymringer om at dersom man definerer en for stor gruppe med kvinner som en spesiell sosial gruppe, vil det åpne for at det blir overflod av asylsøkere fra denne gruppen⁴. Dette er noe som skal undersøkes nærmere senere i oppgaven. En annen grunn er at begrepet ”spesiell sosial gruppe” ble tatt med i konvensjonen i siste liten, og det ble derfor ikke spesifisert hva formålet med konvensjonsgrunnen var⁵.

1.2 Metode

I denne oppgaven vil jeg se hen til rettspraksis fra andre stater for å belyse utviklingen av begrepet spesiell sosial gruppe, og hvordan de har tolket Flyktningkonvensjonen og inkorporert kvinner som en spesiell sosial gruppe i tolkningen av den. Internasjonale rettskilder har blitt brukt som tolkningsinstrument for å belyse hvordan Flyktningkonvensjonen tolkes i praksis. Oppgaven vil basere seg en deskriptiv redegjørelse og analyse av utviklingen på rettsområdet.

Begrepet som det skal redegjøres for, ”spesiell sosial gruppe”, er vagt og det er ingen universal enighet om hva det innebærer. Analysen av begrepet er derfor ikke kun basert på en folkerettslig kilde, men suppleres også av andre lover, forarbeider, etterarbeider, nasjonal og internasjonal praksis og teori der det er nødvendig.

⁴ Arbel, Dauvergne, Millbank (2014) s. 37

⁵ Goodwin-Gill, McAdam (2007)

1.3 Rettskildebildet

FNs konvensjon om flyktingers stilling (Flyktningkonvensjonen, FK) vedtatt 28. juli 1951 slår fast hvem som regnes som en flyktning og hvilke rettigheter vedkommende har. Flyktningkonvensjonen art. 1 A (2) inneholder den alminnelige flyktningdefinisjonen, og oppstiller vilkårene en person må tilfredsstille for å anerkjennes som flyktning etter konvensjonen. Flyktningkonvensjonen reguler ikke retten til asyl.

I *Januzi v Secretary of State for the Home Department & Ors*, UK (2006) slo høyesterett i England fast at Flyktningkonvensjonen er ”a human rights instrument”⁶. Konvensjonen ble vedtatt med internasjonalt medhold, og mange av artiklene kodifiserer tidligere sedvanerett. I norsk rett er konvensjonen implementert ved at den er transformert til norsk rett gjennom utlendingsloven (Utl.). Utl. § 28 første ledd bokstav a er en gjengivelse av Flyktningkonvensjonens art. 1A (2), og regulerer retten til asyl i Norge.

Den mest sentrale rettskilden på utlendingrettens område i Norge er Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr. 35. Loven suppleres og utfylles av den tilhørende forskriften (utlendingsforskriften⁷). Forarbeidene gir i et godt innsyn i hensikten bak loven og dens formål. Videre suppleres loven av rettspraksis, forvaltningspraksis, etterarbeider, diverse instruks, retningslinjer og juridisk teori.

Videre suppleres Flyktningkonvensjonen av menneskerettighetsprinsippene. Gjennom menneskerettsloven av 1999⁸ er det enkelte menneskerettskonvensjoner som har fått rang som norsk lov, og som ved motstrid skal gå foran norsk rett⁹. Eksempler på slike er Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 1950 (EMK), FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 1966 (SP) og FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av 1979 (KDK). Både EMK og SP inneholder bestemmelser som kan anvendes i

⁶ House of Lords, *Januzi v Secretary of State for the Home Department & Ors*, UK (2006) s.27; Øyen (2013) s. 35

⁷ Forskriften av 15. Oktober 2009 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften)

⁸ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett § 2, § 3

⁹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 46

flyktningretten. Blant disse er prinsippet om at flyktninger skal gis beskyttelse, at ingen skal returneres til en land der de står i fare for å bli utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

Bestemmelser som dette har umiddelbar internrettslig virkning¹⁰. Det betyr likevel ikke at de utgjør en generell folkerettslig reservasjon, de kommer først til anvendelse når folkeretten gir individet bedre rettigheter enn etter norsk rett¹¹. Særlig er det aktuelt der konvensjoner Norge ikke har vedtatt gir bedre rettigheter.

Etter Flyktningkonvensjonen art 35 skal statene samarbeide med Høykommissæren for flyktninger (UNHCR)¹² ved anvendelse og gjennomføring av Flyktningkonvensjonen. UNHCR er en internasjonal organisasjon som jobber for å gi flyktninger best mulig beskyttelse og veilede stater ved tolkningen av Flyktningkonvensjonen. Organisasjonen har fått mandat fra FN om å opptre som veileder i internasjonale rettsspørsmål om beskyttelse av flyktninger, jf. UNHCRs statutter art. 8 bokstav a.

UNHCR ga i 1992 ut ”Handbook on procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 convention and the 1967 Protocol relating to the status of refugees” (heretter kalt Håndboken)¹³ som har fungert som en veiledning for statene når de praktiserer flyktningrett. Statspraksis i samsvar med Håndboken bidrar til å danne en noenlunde ensartet praktisering av Flyktningkonvensjonen¹⁴. UNHCR gir også ut retningslinjer som supplerer Håndboken¹⁵. Et eksempel på dette er publikasjonene ”Guidelines on international protection”, som gir veiledning for tolkning av art. 1 A i Flyktningkonvensjonen og komplimenterer Håndboken.

Flyktningkonvensjonen har ikke et eget håndhevingsorgan¹⁶ slik som blant annet den europeiske menneskerettighetskonvensjonen har. Derfor har UNHCRs Håndbok og

¹⁰ Ot. prp. Nr. 75 (2006-2007) s. 47

¹¹ Vevstad (2010) s. 42

¹² UNCHR statuttene art. 8

¹³ Håndboken ble gjenutgitt i desember 2011

¹⁴ NOU 2004:20 s. 72

¹⁵ NOU 2004:20 s. 72

¹⁶ Vevstad (2010) s. 45

retningslinjer større betydning for flyktningretten enn for eksempel det kommentarer fra menneskerettighetskomiteen har for anvendelsen av EMK¹⁷.

Statspraksis bidrar til tolkningen og utviklingen av flyktningretten. Statens praksis er ikke bindende for andre land, men tolkning som i så stor grad som mulig samsvarer med andre konvensjonsparters praksis bidrar til ensartet praksis.

Rettskilder som brukes aktivt i tolkningen av Flyktningkonvensjonen er blant annet UNHCRs håndbok, UNHCRs retningslinjer, Wienkonvensjonen, tidligere rettspraksis fra medlemsstater. Også forarbeidene til konvensjonen kan vektlegges, slik Høyesterett valgte å gjøre i Rt. 2012 s. 139¹⁸ for finne ut om det etter Flyktningkonvensjonen kreves en fremtidig forfølgelsesfare.

Rettskildene innenfor den internasjonale flyktningretten er svært fragmenterte, og mange av dem består av soft-law. UNHCRs anbefalinger har ikke noe rettslig tyngde bak seg og er dermed ikke bindende¹⁹ for statene. Anbefalingene regnes som soft-law²⁰, men har stor betydning som tolkningsinstrument. Et annet eksempel på soft-law av betydning er årlige konklusjoner utgitt av UNCHR's eksekutivkomité som inneholder anbefalinger om tolkningen av Flyktningkonvensjonen og behandling av flyktningpolitiske spørsmål. Soft-law kan på denne måten påvirke statenes praksis, og den kan også bidra til å skape grunnlaget for ny sedvanerett.

ICJ-statuttene art. 38²¹ anerkjenner at den internasjonale domstolen skal bruke konvensjonsteksten, sedvanerett som er allment akseptert, generelt aksepterte prinsipper og praksis og teori fra forskjellige land som tolkningsmomenter når de tolker internasjonale konvensjoner.

¹⁷ NOU 2004:20 s. 102

¹⁸ Rt. 2012 s. 139 avsnitt 40

¹⁹ Vevstad (2010) s. 43

²⁰ Vevstad (2010) s. 43

²¹ Statute of the International Court of Justice art. 38

1.4 Tolkingsregler og rettskilder for tolkningen av Flyktningkonvensjonen

Wienkonvensjonen²² om traktatrett inneholder hovedregelen for tolkning av konvensjoner i art. 31 (1) som lyder:

”1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

Wienkonvensjonen er en kodifisering av internasjonal sedvanerett om hvordan traktattekst skal tolkes. Norge har ikke vedtatt den, men den er bindende for oss likevel fordi den er basert på sedvanerett. Etter Wienkonvensjonens art. 31 skal man ved tolking ta utgangspunkt i en helhetlig forståelse av ordlyden. I *Januzi (FC) v. Secretary of State for the Home Department* (House of Lords, UK, 2006) ble det sagt slik i avsnitt 4 ”As a human rights instrument the Convention should not be given a narrow or restricted interpretation. Nonetheless, the starting point of the construction exercise must be the text of the Convention itself...because it expresses what parties to it have agreed.”²³ Videre skal en traktattekst etter art. 31 (1) tolkes med utgangspunkt i ”the ordinary meaning” av ordene. Her kan det ved tvil ses hen til andre bestemmelser i konvensjonen for å få et klarere uttrykk av hva konvensjonen handler om og hvilke rettigheter den fokuserer på²⁴.

Av *Januzi* (UK, 2006) fremkommer det at definisjonen i en artikkel i Flyktningkonvensjonen må ses på som et hele, det må også tas hensyn til historien bak konvensjonen, dens bakgrunn og dens hensikt. Konvensjonen skal ikke ha utilsiktet effekt, med mindre det er en selvfølge at det er meningen, og må tolkes i samsvar med dette.

Det er også viktig å se konvensjonen som et internasjonalt rettighetsinstrument, og ikke kun nasjonalt. Det vil si at den ikke må tolkes for snevert for at den skal passe de nasjonale rettsrammene. En av grunnene til dette er at det er teksten partene gikk med på da konvensjonen ble vedtatt²⁵. Dette påpeker Lord Bingham av Cornhill i *Januzi* (UK, 2006) når han snakker om hvordan ordet ”refugee” i Flyktningkonvensjonen skal tolkes; ”This

²² Wienkonvensjonen om traktatrett av 23. mai 1969

²³ House of Lords, *Januzi v Secretary of State for the Home Department & Ors s.*, UK (2006) avsnitt 4

²⁴ Øyen (2013) s. 94

²⁵ House of Lords, *Januzi v Secretary of State for the Home Department & Ors s.*, UK (2006) avsnitt 4

definition must be read as a whole, in the context of the Convention as a whole, taking account of the Convention's historical setting and its objects and purposes, to be derived from its articles, and also from the recitals of its preamble...The Convention must be interpreted as an international instrument, not a domestic statute, in accordance with the rules prescribed in the Vienna Convention on the Law of Treaties".

De overnevnte tolkningsprinsippene er også anerkjent og brukt av norske domstoler. Om vektlegging av konvensjonens ordlyd og formål uttaler Høyesterett i Rt. 2012 s. 139 i avsnitt 38 at de er "...fremtredende elementer ved traktattolkning etter den alminnelige folkeretten" i. Det uttales senere i samme dom, i avsnitt 45, at "det ved traktattolkning bare unntaksvis kunne tenkes at det som følger av ordlyd og formålsbetraktninger må vike for andre rettskilder". Denne tilnærmingsmåten ble allerede benyttet av Høyesterett i 2010²⁶. I disse avgjørelsene er det en viss samhörighet mellom den tolkningsmetoden norsk Høyesterett velger og den metoden den britiske Høyesterett valgte i Januzi (2006). Når det gjelder spørsmålet om hvor stor vekt selve ordlyden i en konvensjonstekst skal ha, uttalte Høyesterett i Rt. 2010 s. 858 avsnitt 43 at "Ved traktattolkning vil det som følger av ordlyd og formålsbetraktninger bare unntakvis kunne tenkes å måtte vike for andre rettskilder."

Utgangspunktet for tolkningen av utlendingsloven er at den skal tolkes i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser, jf. utlendingsloven § 3²⁷. Vi følger i norsk rett det dualistiske prinsippet²⁸, som går ut på at rettsanvenderen så langt som mulig skal anvende norsk rett i tråd med folkeretten. Dersom det skulle være motstrid mellom disse, må i utgangspunktet folkeretten vike²⁹.

Ved tilfeller der det er nødvendig å ta utgangspunkt i formålet med Flyktningkonvensjonen for å tolke en bestemmelse, er fortalen til stor hjelp³⁰. Den inneholder "strong human rights

²⁶ Rt. 2010 side 858

²⁷ Vevstad (2010) s. 37

²⁸ Vevstad (2010) s. 41

²⁹ Vevstad (2010) s. 41

³⁰ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees* (2001) s. 1

language”³¹, og indikerer at partene har hatt som formål å erkjenne at menneskerettigheter er fundamentale og at det skal tas hensyn til dem ved tolkning av Flyktningkonvensjonen. Prinsippet om ikke-diskriminering nevnes særskilt³² i konvensjonens fortale og art. 3. I Attorney General v. Ward, Canada (1993) uttalte Høyesterett i takt med dette at tolkningen av spesiell sosial gruppe etter Flyktningkonvensjonen skal reflektere visse underliggende tema i konvensjonen, som for eksempel menneskerettigheter og ikke diskriminerings-prinsippet³³.

1.5 Videre fremstilling

Innledningsvis i kapittel 2 redegjøres det for selve flyktningbegrepet. Deretter foretas det en kort gjennomgang av vilkårene for å få status som flyktning etter utlendingsloven § 28 (1) (a) og Flyktningkonvensjonen art. 1A (2). Prinsippet om ikke-diskriminering står sentralt ved vurderingen av om en asylsøker oppfyller vilkårene i Flyktningkonvensjonen, og omtales derfor i kapittel 2, og dernest omtales Flyktningkonvensjonens dynamiske karakter.

I kapittel 3 gjøres det rede for kvinner som en spesiell sosial gruppe etter Flyktningkonvensjonens art. 1A(2). Her rettes fokus mot hva som utgjør en spesiell sosial gruppe, og det nevnes kort hvilke to teorier som dominerer i statspraksis når statene skal ta stilling til hvordan en gruppe skal defineres. Dernest kommer en kort presentasjon av hvorfor det er så vanskelig for kvinner å bli anerkjent som en spesiell sosial gruppe, noe som leder over til oppgavens kjerne; redegjørelsen for kjønn som en spesiell sosial gruppe. Her vil det bli gjort rede for hvordan dette har blitt taklet i statspraksis, kravet årsakssammenheng, og kravet til forfølgelse.

³¹ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees* (2001) s. 1

³² Dette prinsippet omstales senere i oppgaven

³³ Ward, Canada (1993)

2 DEN ALMINNELIGE FLYKTNINGDEFINISJONEN

2.1 Flyktningbegrepet

Flyktningdefinisjonen i norsk rett er lovfestet ved utl. § 28 (1) (a). Bestemmelsen lyder:

”§ 28. Oppholdstillatelse for utlendinger som trenger beskyttelse (asyl)

En utlending som er i riket eller på norsk grense, skal etter søknad anerkjennes som flyktning dersom utlendingen

- a) har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, og er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt er uvillig til, å påberope seg sitt hjemlands beskyttelse, jf. flyktningkonvensjonen 28. juli 1951 artikkel 1 A og protokoll 31. januar 1967”*

Bokstav (a) Skal tolkes på samme måte som Flyktningkonvensjonen art. 1 A (2). Utl. § 28 (1) (a) gjennomfører dermed definisjonen av flyktningbegrepet etter Flyktningkonvensjonen art 1 A (2) i norsk rett. Det nevnes også at denne bestemmelsen er en rettighetsbestemmelse, jf. ”skal”. Dersom vilkårene er oppfylt, skal søkeren innvilges asyl.

Utl. § 28 (1) har også en bokstav (b), som utgjør et utvidet flyktningbegrep da dette grunnlaget ikke finnes i Flyktningkonvensjonen og EU³⁴. Bestemmelsen kommer først og fremst til anvendelse der søkeren ikke omfattes av Flyktningkonvensjonens vilkår, og faller derfor uten for oppgavens ramme.

2.2 Vilkårene for å få beskyttelse (asyl)

Utl. § 28 (1) (a) har tilnærmet samme innhold som Flyktningkonvensjonens art. 1 A (2). Konvensjonen tar sikte på å beskytte søkeren i fremtiden, ikke kompensere for det som allerede har skjedd. Det skal derfor foretas en fremtidsrettet vurdering for å avgjøre om søkeren har rett til flyktningstatus. Myndighetene har bevisbyrden for at det er trygt for

³⁴ Øyen (2013) s. 183

søkeren å returnere til hjemlandet sitt. Det er derfor viktig at det foretas en grundig og veloverveid vurdering av alle forhold i saken.

Det er fem kumulative vilkår som må være oppfylt for å få status som flyktning etter utl. § 28 (1) (a), jf. Flyktningkonvensjonen art. 1 A (2):

(1) Utenfor hjemlandet

Det første vilkåret er at søkeren må være utenfor hjemlandet, det vil si at vedkommende må ha reist derfra. Ifølge Flyktningkonvensjonen art. 1 A (2) må hun ha krysset en internasjonal grense, jf. ” befinner seg utenfor det land han er borger av”. Etter utlendingsloven § 28(1) må hun befinne seg i Norge, eller på grensa til Norge, jf. ” i riket eller på norsk grense”. Det går altså ikke an å søke om asyl mens man fortsatt befinner seg i hjemlandet sitt³⁵.

(2) Velbegrunnet frykt

Det andre vilkåret er at søkeren må ha en ”velbegrunnet frykt” for forfølgelse ved retur, det må altså foreligge en viss sannsynlighet for at hun kommer til å bli forfulgt. Det kreves likevel ikke alminnelig sannsynlighetsovervekt. I art. 13 i The Michigan Guidelines³⁶ står det at en konvensjonsgrunn ikke trenger å være den eneste årsaken til faren for forfølgelse. Kravet om årsak etter Flyktningkonvensjonen er ikke like strengt som i for eksempel erstatningsrett. Det kreves ikke sannsynlighetsovervekt for at det foreligger forfølgelse på grunn av en konvensjonsgrunn³⁷. Dette ble senere fulgt opp i Fornah v Secretary of State for the Home Department (UK) fra 1999³⁸ der den britiske høyesteretten uttalte at konvensjonsgrunnen ikke nødvendigvis trenger å være den eneste årsaken til forfølgelsen. UNHCR har valgt samme vinkling til dette; ”the Convention ground must be a relevant contributing factor, though it need not be shown to be the sole, or dominant, cause”³⁹.

I vurderingen av om dette vilkåret er oppfylt, må det foretas en risikovurdering. Risikovurderingen er en konkret vurdering av hvorvidt søkeren vil bli utsatt for forfølgelse

³⁵ Ot.prp. nr 75 s. 130

³⁶ The Michigan Guidelines on Nexus to a Convention Ground (2002)

³⁷ Øyen (2013) s. 200

³⁸ House of Lords, Fornah, UK (2006) avsnitt 17

³⁹ UNHCR, Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees (2001)

ved retur. Det må være en viss sannsynlighet for at risikoen ved retur er reell. Det må vurderes hvordan søkeren vil oppføre seg ved eventuell hjemsendelse, som utgjør en individuell vurdering av søkeren.

(3) Forfølgelse

Det tredje vilkåret er at de handlinger eller reaksjoner søkeren risikerer å bli utsatt for ved retur til hjemlandet utgjør ”forfølgelse” i henhold til konvensjonen. Her skal alvorlighetsgraden av forfølgelsen vurderes. Utl. § 29 gir en anvisning på hva som kan utgjøre ”forfølgelse”.

Alvorlige krenkelser av grunnleggende menneskerettigheter utgjør forfølgelse, jf. utl. § 29 (1) (a). Brudd på noen av artiklene som er nevnt i EMK art. 15 nr. 2 regnes automatisk som forfølgelse. Det stilles ikke noe krav om at man må ha blitt utsatt for krenkelser tidligere. Tidligere hendelser kan imidlertid gi en indikator på hva søkeren risikerer ved en retur til hjemlandet. I mange tilfeller kan det hende at det søkeren har blitt utsatt for kun var et engangstilfelle. Det behøver ikke nødvendigvis være snakk om en enkelt handling, det kan være at det er flere separate handlinger som ikke i seg selv utgjør en alvorlig krenkelse men som til sammen er så alvorlige at de kan utgjøre forfølgelse. Et hypotetisk eksempel på dette er skilte kvinner i land der dette ikke er akseptert, som verken kan få jobb på grunn av sin status som skilt og som risikerer forfølgelse fra sin tidligere ektefelle og ikke får beskyttelse fra myndighetene.

(4) Konvensjonsgrunner og årsakssammenheng

Søkeren må frykte forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet eller medlemskap i en spesiell sosial gruppe, det må altså være årsakssammenheng mellom forfølgelsen og grunnlaget for forfølgelsen, og det må vurderes hvor sannsynlig det er at søkeren blir forfulgt på grunn av konvensjonsgrunnen vedkommende har påberopt. Dette gjelder både forfølgelse fra enkeltpersoner, grupper eller staten selv. Videre må forfølgelsen ha et element av diskriminering. Det er altså ikke nok å vise til vilkårlige krenkelser som ikke har sammenheng med en av konvensjonsgrunnene. Private hevnmotiv som sjalusi, forretningstvister og konflikter om arv eller lignende er også utelukket⁴⁰.

⁴⁰ Øyen (2013) s. 232

Utl. § 30 gir en nærmere definisjon av konvensjonsgrunnene. Disse definisjonene er ikke uttømmende, og det er ikke noe hierarki mellom dem⁴¹. I forarbeidene sies det at ”Departementet viser til at de definisjonene som er valgt, ikke er angitt som uttømmende og derfor ikke skal føre til noen innskrenkende tolkning eller sperre for en utvikling av praksis”⁴².

Dette vilkåret skal utdypes senere i oppgaven, idet det er sentralt i forhold til oppgavens problemstilling.

(5) Manglende beskyttelse i hjemlandet

Det femte vilkåret er at søkeren ikke kan få beskyttelse av hjemlandets myndigheter. Dette vilkåret er basert på ”et prinsipp om at retten til internasjonal beskyttelse er subsidiær i forhold til muligheten for beskyttelse i eget hjemland.”⁴³ Beskyttelse av sine egne borgere er i utgangspunktet vedkommende stats oppgave. Beskyttelse fra andre land er et surrogat som kun inntreffer når en stat ikke kan eller er villig til å beskytte sine egne borgere, det må altså foreligge en alvorlig institusjonell eller rettsstatlig svikt⁴⁴.

Beskyttelse fra myndighetene i hjemlandet er som oftest aktuelt i tilfeller der man søker beskyttelse mot enkeltpersoner eller organisasjoner. Momenter som skal være med i vurderingen av om det er trygt å sende søkeren tilbake i slike tilfeller, er om myndighetene i vedkommende land har vilje og evne til å beskytte søkeren, om det er vedtatt lovverk som beskytter personer i søkerens situasjon og om dette lovverket faktisk er gjennomført og følges. Her kan man se hen til om søkeren tidligere har vært i kontakt med myndighetene, og hvordan vedkommende da ble behandlet. I mange land er myndighetene diskriminerende overfor for eksempel kvinner. Det har vært en del saker oppe i retten i forskjellige land, her nevnes *Islam v. Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Shah* fra House of Lords, UK (1999) (*Shah & Islam*), der kvinner har oppsøkt politiet i hjemlandet for å få beskyttelse fra enkeltpersoner (tidligere ektefelle og familie for eksempel) men ikke har fått det.

⁴¹ Øyen (2013) s. 233

⁴² Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 79, Øyen (2013) s. 233

⁴³ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 98 og s. 415, NOU 2004:20 s. 396

⁴⁴ Vesstad (2010) s. 178

Dersom søkeren kan leve trygt i en annen del av hjemlandet ⁴⁵ som internflyktning, kan vedkommende bli henvist til å dra dit. Myndighetene i Norge plikter å være sikre på at området søkere henvises til er sikkert og trygt. Det må videre være tilgjengelig i den forstand at det er mulig å komme seg dit uten problemer eller fare for liv. I tillegg må det reelt sett være mulig å bo der.

2.3 Ikke-diskriminering som prinsipp i Flyktningkonvensjonen

I Flyktningkonvensjonen er prinsippet om ikke-diskriminering særskilt lovfestet i art. 3⁴⁶, og nevnt allerede i fortalen. I fortalen forklares det at en av formålene med Flyktningkonvensjonen er å sørge for at alle mennesker kan nyte godt av grunnleggende rettigheter og friheter uten diskriminering. I *Attorney General v. Ward* (Supreme Court of Canada, 1993) uttales det at “Underlying the Convention is the international community's commitment to the assurance of basic human rights without discrimination.”⁴⁷, noe som peker mot at prinsippet om ikke-diskriminering skal være et tolkningsmoment ved anvendelsen av Flyktningkonvensjonen generelt.

Prinsippet om ikke-diskriminering har blitt omtalt som “one of the most significant requirements of the protection provided by the rule of law”⁴⁸. Art 26 i FNs internasjonale konvensjon om sosiale og politiske rettigheter (SP) blir sett på som den mest fundamentale lovfestingen av ikke-diskrimineringsprinsippet i internasjonal menneskerettslov⁴⁹. Artikkelen gir likevel ingen definisjon av hva som utgjør diskriminering, men prinsippene om likhet og diskriminering går som en rød tråd gjennom hele konvensjonen. En av grunnene til at ikke-diskrimineringsprinsippet ikke er uttrykkelig definert er at diskriminering ikke er et begrep som er “...absolute, allowing for differentiation if there is a “reasonable and objective” justification for such differentiation”. Konvensjonen er altså et dynamisk instrument, som skal ha rom for å utvikle seg i takt med verdensbildet den anvendes i.

⁴⁵ Jf. utl. § 38 (5) og uf. § 7-1

⁴⁶ Jf. ØSK art. 2, SP art. 2 (1) og 26

⁴⁷ *Ward, Canada* (1993) s. 70

⁴⁸ *House of Lords, A v. Secretary of State for the Home Department, UK* (2004)

⁴⁹ *Pobjoy* (2010) s. 196

Diskriminering innebærer urettferdig forskjellsbehandling til ulempe for en gruppe sammenlignet med en annen. Denne diskrimineringen munner noen ganger ut i forfølgelse⁵⁰. Ifølge Lords Hoffmanns uttalelser i Shah & Islam (UK, 1999), vil det ikke være riktig å kreve at en konvensjonsgrunn må kunne påberopes helt uavhengig av forfølgelse. Han uttalte at diskriminering ofte har en sammenheng med forfølgelse, og at det av den grunn vil være uriktig å kreve at konvensjonsgrunnene må kunne påberopes uavhengig av forfølgelse slik at en spesiell sosial gruppe ikke kun defineres ut fra at det foreligger diskriminering. Han formulerer dette slik ; “In my opinion, the concept of discrimination in matters affecting fundamental rights and freedoms is central to an understanding of the Convention. It is concerned not with all cases of persecution, even if they involve denials of human rights, but with persecution which is based on discrimination. And in the context of a human rights instrument, discrimination means making distinctions which principles of fundamental human rights regard as inconsistent with the right of every human being to equal treatment and respect.”⁵¹

Diskriminering innebærer ikke bare det å avstå fra å diskriminere, men det innebærer også at staten har en positiv forpliktelse til å bekjempe diskriminering der det forekommer⁵². Videre må forskjellsbehandlingen være lovfestet, legitim, rimelig, objektiv og proporsjonal for å kunne være lovlig⁵³. Hvis forskjellsbehandlingen ikke oppfyller disse kriteriene, regnes den som ulovlig.

Den sentrale plassen ikke-diskrimineringsprinsippet har i mange menneskerettskonvensjoner, som SP, FNs konvensjon om økonomiske, politiske og sosial rettigheter av 1966 (ØSK) og FNs kvinnekonvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner av 1979 (KDK), illustrerer aktualiteten av prinsippet. Dette formuleres slik av Jason Pobjoy; ”human inclusiveness is a characteristic of the international human rights approach”⁵⁴. Flyktningkonvensjonen er en del av den internasjonale beskyttelsen av menneskerettighetslovverket, og det er dermed naturlig at den inneholder sterke menneskerettslige vinklinger. Retten til ikke å bli diskriminert mot er en grunnleggende rettighet, og brudd på den kan i

⁵⁰ Shah & Islam, UK (1999) s. 20

⁵¹ Islam & Shah, UK (1999) s. 15

⁵² Hathaway (2005) s. 238

⁵³ Clark, Crépeau (1999) s. 393

⁵⁴ Pobjoy (2010) s. 202

mange tilfeller føre til at Flyktningkonvensjonens bestemmelser kommer til anvendelse. Ofte blir visse mennesker forfulgt nettopp fordi de diskrimineres mot, enten det er på grunn av rase, religion, nasjonalitet, deres politiske mening eller fordi de tilhører en gruppe.

Spesielt KDK er relevant her, den beskytter særskilt kvinner mot diskriminering. Formålet med konvensjonen er å fremme og sikre likestilling av kvinner. KDK kan ikke alene anvendes for å gi en søker asyl⁵⁵, men i saker der kjønn står i sentrum vil den tilføre styrke til argumentasjonen for at søkeren diskrimineres fordi hun er kvinne

Flyktningkonvensjonen begrenser allerede i flyktningdefinisjonen i art. 1 A (2) hvem som kan regnes som flyktning⁵⁶. Vernet omfatter ikke de som befinner seg i hjemlandet sitt, de som ikke kan påvise årsaksakssammenheng mellom en konvensjonsgrunn og eventuell forfølgelse, de som kvalifiserer seg til å være internflyktninger og de som ikke fortjener beskyttelse. Utover dette skal i utgangspunktet alle flyktninger behandles likt, og gis beskyttelse.

Prinsippet om ikke-diskriminering er spesielt aktuelt i saker om asyl på grunnlag av kravet om at det må sannsynliggjøres at en av konvensjonsgrunnene ligger til grunn for forfølgelsen. For at dette skal være mulig, må det foreligge en form for diskriminering. Det at et individ tilhører en spesiell sosial gruppe er ikke i seg selv nok, vedkommende må være utsatt for en handling som munner ut av diskriminering og dermed regnes som forfølgelse. Kvinner som spesiell sosial gruppe er et godt eksempel her. En kvinne kan påstå at hun er medlem i en spesiell sosial gruppe fordi hun er kvinne, men påstanden vil ikke ha noen betydning med mindre hun kan sannsynliggjøre at hun også blir utsatt for forfølgelse fordi hun er kvinne. De fleste former for forfølgelse kvinner blir utsatt for, som for eksempel vold i hjemmet, eller kjønnslemlestelse, har sitt opphav i diskriminering.

⁵⁵ Vevstad (2010) s. 50

⁵⁶ Hathaway (2005) s. 239

2.4 Flyktningkonvensjonen som dynamisk tolkningsinstrument

Flyktningretten er avhengig av en dynamisk tolkning ettersom den hele tiden utvikler seg. Å definere Flyktningkonvensjonens vilkår uttømmende ville på et eller annet tidspunkt ha hemmet denne utviklingen.

Ved tolkning av konvensjoner, herunder Flyktningkonvensjonen, skal effektivitetsprinsippet derfor anvendes. Prinsippet går ut på at tolkningen effektivt skal fremme formålet med konvensjonen⁵⁷. Det vil si at alle bestemmelsene i konvensjonen til enhver tid må samsvare med formålet. Anvendelse av effektivitetsprinsippet innebærer dermed at ”tolkningen kan endres og utvides over tid, gjerne i takt med rettsoppfatningen blant medlemsstatene. Konvensjonen anses som et levende instrument”⁵⁸. Dette konstateres også i *Sepet & Bulbul v. SSHD* (UKHL, 2003) “It is ... plain that the Convention must be seen as a living instrument in the sense that while its meaning does not change over time, its application will. I would agree with the observation ... Unless it is seen as a living thing, adopted by civilized countries for a humanitarian end which is constant in motive but mutable in form, the Convention will eventually become an anacronism.”

⁵⁷ Øyen (2013) s. 38

⁵⁸ Øyen (2013) s. 38

3 KVINNER SOM SPESIELL SOSIAL GRUPPE ETTER FLYKTNINGKONVENSJONEN

3.1 ”Spesiell sosial gruppe”

Som tidligere nevnt er ikke begrepet ”spesiell sosial gruppe” nærmere definert i flyktningkonvensjonen eller dens forarbeider. Det ble påpekt i *Applicant A and Another v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs (Australia)* fra 1997 at ”Neither the Swedish proposal nor any reported discussion illuminates the intended scope of the term ”a particular social group”⁵⁹. Grunnen til dette er antakelig at begrepet ble inkludert i konvensjonen i siste liten. Den svenske delegaten som sørget for at begrepet i det hele tatt ble tatt med, påpekte kun at sosiale grupper eksisterer og derfor bør være beskyttet av Flyktningkonvensjonen. Begrepet ble ikke videre belyst eller diskutert⁶⁰. For å finne ut av hva begrepet ”spesiell sosial gruppe” går ut på er det derfor liten veiledning å finne i Flyktningkonvensjonens forarbeider, noe som gjør at man må se hen til andre rettskilder.

3.1.1 Hva utgjør en ”spesiell sosial gruppe”

Det er enighet om at det ikke kreves at vedkommende frivillig assosierer seg med gruppen som potensielt kan utgjøre en ”spesiell sosial gruppe”, jf. *Sepulveda v Gonzales*, 7th Cir. (USA) fra 2006. Det er mange grupper man kan være ufrivillig del av, som for eksempel kan lesbiske, homofile og transseksuelle i mange samfunn regnes som egne grupper.

Det er heller ikke noe krav om at gruppen må være ensformig eller ha en indre samhörighet⁶¹. Ensformighet kan være et moment som gjør at det er enklere å definere en spesiell sosial gruppe, men det er ikke et krav.

At gruppen er stor eller relativt liten skal ikke være til hinder for at den utgjør en spesiell sosial gruppe⁶². Dersom gruppen er stor, kan bekymringer om at man åpner for at hele gruppen kan søke om asyl gjøres gjeldende. Her er det viktig å huske at man ikke kan få asyl

⁵⁹ High Court of Australia, *Applicant A and Anor v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs* (1997)

⁶⁰ Goodwin-Gill, McAdam (2007) s. 74

⁶¹ Khawar, Australia(2002) avsnitt 33

⁶² High Court of Australia, *Applicant A and another v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs* (1997)

kun ved at man tilhører en spesiell sosial gruppe. Det er også andre vilkår som må være oppfylt. Dessuten blir vurderingen strengere jo større gruppen er.

En spesiell sosial gruppe kan ikke kun ha frykt for forfølgelse ved retur som fellestrekk. Subjektiv frykt for forfølgelse trenger ikke å være tilfellet for hele gruppen, det kan hende at det er medlemmer av gruppen som ikke frykter forfølgelse. Det betyr ikke at søkeren dermed ikke står i fare for forfølgelse⁶³. Dette eksemplifiseres blant annet i saker angående seksuell legning, hvor det kan hende at alle ikke er åpne om sin seksuelle legning og dermed unngår forfølgelse. Det er mange som lever sitt seksuelle liv i skjul for å unngå forfølgelse, men det er et vilkår at hvis de hadde vært åpne om det, hadde de hatt en velbegrunnet frykt for forfølgelse.

Det er på det rene at diskriminering alene ikke kan føre til flyktningstatus. Det må her trekkes en grense mellom brudd på en menneskerettighet, altså ikke-diskriminering, og forfølgelse⁶⁴. Grunnen til dette er at ikke alle brudd på ikke-diskriminering som menneskerettighet kan utgjør forfølgelse. I de fleste tilfeller vil ikke bruddet være alvorlig nok til å bli regnet som forfølgelse. Det forekommer likevel tilfeller der den kumulative effekten av flere diskriminerende handlinger kan være så diskriminerende at de til sammen utgjør forfølgelse. Det må i slike tilfeller være en årsakssammenheng mellom den aktuelle konvensjonsgrunnen, det at vedkommende blir diskriminert og forfølgelsen.

Det som er felles for grunnlagene er at de regnes som uforanderlige fysiske trekk ved en person eller foranderlige trekk som er en del av en persons identitet og som er så grunnleggende at det ikke kan forventes at vedkommende skal endre på dem.

Det har etter hvert utviklet seg to hovedteorier⁶⁵ om hva som definerer en spesiell sosial gruppe; (1) gruppen oppfattes av samfunnet som en egen gruppe i samfunnet ("social perception"-teorien), eller (2) den har felles kjennetegn ("protected characteristics"-teorien). På grunnlag av denne utviklingen var UNHCRs anbefaling at søkeren skulle være en del av *en av disse*. Ifølge EUs statusdirektiv (2004) art. 10 er det på den andre siden slik at søkeren må være

⁶³ Fornah, UK (2007)

⁶⁴ Feller, Türk, Nicholson (2003) s. 331

⁶⁵ Øyen (2013) s. 240

medlem av en gruppe som har felles kjennetegn og denne gruppen må bli oppfattet som en egen gruppe av samfunnet. Etter utl. § 30 (1) (d) i den nasjonale lovgivningen ”skal særlig” grupper som har felles kjennetegn og oppfattes som en spesiell sosial gruppe av samfunnet, anses som en spesiell sosial gruppe⁶⁶.

3.1.1.1 ”Social perception”-teorien

Social perception-teorien går ut på at visse grupper av mennesker oppfattes som en adskilt gruppe i samfunnet av samfunnet. Gruppen må ha fellestrekk og den må skille seg ut i samfunnet. Denne teorien oppstod i Australia i saken Applicant A and Another v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs (1997), og ble videre fulgt opp i saken Applicant S v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs fra 2004.

3.1.1.2 ”Protected characteristics”-teorien

Teorien om protected characteristics oppstod i USA i Matter of Acosta, United States Board of Immigration Appeals (1985) (Acosta). Den har senere blitt fulgt opp i Attorney General v. Ward, Supreme Court of Canada, (1993) og Shah & Islam (UK, 1999) i Storbritannia. Teorien går ut på at visse mennesker har uforanderlige fellestrekk. Disse kan være medfødt, som for eksempel kjønn eller fysisk handikap. Disse fellestrekkene må være fundamentale, og grunnleggende for vedkommendes identitet. Det kan dermed ikke forventes at vedkommende skal endre disse. Eksempler på slike fundamentale fellestrekk er seksuell legning og etnisitet⁶⁷.

Som tolkningsinstrument for å komme frem til denne teorien brukte retten i Acosta (USA, 1985), prinsippet om *ejusdem generis*, som direkte oversatt betyr ”of the same kind”. Det vil si at de så på hva slags rettigheter de andre konvensjonsgrunnene beskytter, og tolket begrepet ”spesiell sosial gruppe” deretter. Flyktningkonvensjonen beskytter mennesker som forfølges på grunnlag av forhold som religiøst syn eller politiske meninger. Dette er noe som er en del av en persons identitet, og det kan ikke forventes at vedkommende skal forandre på det. På

⁶⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 416, Ifølge lovens forarbeider bygger dette på art. 10 i EUs statusdirektiv fra 2004.

⁶⁷ UNHCRs Guidelines (2002) pkt. 6

grunnlag av dette valgte retten å tolke ”spesiell sosial gruppe” som en gruppe mennesker som har trekk som det ikke kan forventes at de kan endre, enten de er medfødt eller ikke.

3.1.2 Hvorfor er det så vanskelig å slå fast at kvinner kan utgjøre en spesiell sosial gruppe?

Begrepet ”Spesiell sosial gruppe” er et vidt begrep og det kan fange opp mye. Ved vedtagelsen av Flyktningkonvensjonen ble det ikke spesifisert hvilke grupper som kunne utgjøre en spesiell sosial gruppe. Det er fordi det i utgangspunktet ikke skulle være med i flyktningdefinisjonen. Som nevnt over ble det foreslått tatt med i siste listen av en svensk delegat, som påpekte at slike grupper eksisterer og bør beskyttes av Flyktningkonvensjonen⁶⁸.

”Kvinner” eller ”kjønn” er ikke nevnt direkte i konvensjonen, og det var til å begynne med usikkerhet rundt om kvinner som sådan kunne utgjøre en spesiell sosial gruppe. Det har i løpet av årene siden Flyktningkonvensjonen oppstått internasjonal enighet om at begrepet ”spesiell sosial gruppe” rommer kvinner, se som eksempel Acosta (USA, 1985) som ble fulgt opp av andre stater.

Vanskelighetene med å slå fast at kvinner kan være en spesiell sosial gruppe består etter Musalos⁶⁹ mening av tre elementer; for det første er problemet at forfølgende handlinger som kvinner blir utsatt for ikke blir sett på som forfølgelse fordi de blir tolerert eller forventet i kvinnens kultur eller religion. Forfølgelsen er gjerne forskjellig fra det menn blir utsatt for i samme situasjon, som eksempel kan vold i hjemmet nevnes. For det andre er forfølgeren ofte en ikke-statlig aktør som ektemann, far eller andre relasjoner. For det tredje er kvinner ofte forfulgt på grunn av at de er kvinner, og kjønn er ikke en av de fem konvensjonsgrunnene. Hun påpeker også at tilfellet ofte var at når det var snakk om en ikke-statlig forfølger, kom retten til at forfølgelsen hadde sitt opphav i personlige forhold og ikke ble begått på grunn av

⁶⁸ Goodwin-Gill, McAdam (2007) s. 74

⁶⁹ Musalo (2003) s. 781, 782

kjønn. Det vil si at årsakssammenhengen mellom søkerens kjønn og forfølgelsen ikke ble ansett sannsynliggjort⁷⁰.

UNHCR har siden 80-tallet vært bevisst på at kvinner kan utgjøre en spesiell sosial gruppe. I 2002 gikk de et skritt videre og uttalt at ”sex can properly be within the ambit of the social group category”⁷¹.

En av grunnene til at det er vanskelig for kvinner å bli tilkjent status som flyktning fordi de er medlem av en spesiell sosial gruppe, er kravet til årsakssammenheng. I tidligere statspraksis, som det kommes tilbake til, var ikke begrepet ”spesiell sosial gruppe” avklart og tolket konsistent nok, og det førte til at det ofte ble vanskelig for søkeren å påvise årsakssammenheng mellom spesiell sosial gruppe som konvensjonsgrunn og det at vedkommende ble forfulgt *fordi* hun tilhørte en spesiell sosial gruppe. En av forklaringene på hvorfor dette skjer kan være at de som behandler disse sakene ikke i stor nok grad er klare over de kjønnsensitive sidene ved slike saker.

En annen grunn er at mange stater frykter at dersom de legger til grunn en for løs definisjon av begrepet, kan det åpne for at det blir overflod av kvinnelige asylsøkere som søker på grunnlag av at de er medlem i en spesiell sosial gruppe. Dette begrunnes gjerne i hensynet til formålet med Flyktningkonvensjonen. Formålet med å i det hele tatt ha spesifikke konvensjonsgrunner var å definere, og dermed snevre inn, hvem som skulle få status som flyktning. Vilåret har av den grunn en iboende avgrensende egenskap som det må tas hensyn til.

Det kan stilles spørsmål ved om dette kan utgjøre indirekte diskriminering, da innvandringspolitiske bekymringer, som overflod av flyktninger, i utgangspunktet ikke skal tillegges vekt ved vurderingen om noen oppfyller vilkårene for å kunne tilkjennes status som flyktning. En annen grunn til at begrepet ikke tolkes vidt er at dersom det fanger opp for mye, vil de resterende konvensjonsgrunnene etter hvert bli overflødige⁷². I Ward (1993) fra Canadas Høyesterett avviste dommer La Forest J. en vid tolkning av begrepet ”spesiell sosial gruppe” fordi det

⁷⁰ Musalo (2003) s. 786

⁷¹ Arbel, Dauvergne, Millbank (2014) s. 18 (UNHCR 2002b s.12, 30)

⁷² Feller, Türk, Nicholson (2003) s. 269

ville gjøre at begrepet i praksis fikk funksjon som et sikkerhetsnett som fanget opp alle tilfeller som ikke ble omfattet av de andre konvensjonsgrunnene.

I mange land tolkes spesiell sosial gruppe forskjellig på forskjellige nivåer i rettssystemet. Det er altså ikke indre samhörighet mellom de forskjellige domstolenes praksis. Dette fører til at det blir veldig vanskelig å vite nøyaktig hva det kreves for at kvinner kan utgjøre en spesiell sosial gruppe⁷³. Det blir også vanskelig for dem som har blitt avvist å anke avgjørelsen sin siden praksis er så uklar.⁷⁴

Når soldater, politimenn eller andre autoritetspersoner voldtar, kan det hende at dette blir kategorisert som forfølgelse av private aktører i stedet for forfølgelse fra statens side. Staten kan argumentere med at handlingen ble begått av en enkeltperson og ikke i kraft av voldtektsmannens autoritet som representant for staten. I slike tilfeller kan det hende at søkeren ikke får asyl under henvisning til at hun kan få beskyttelse fra staten i hjemlandet. Ved nærmere undersøkelse kan det likevel vise seg at hjemstaten kan klandres for forholdene siden den ikke gir effektiv og reell beskyttelse til kvinner som har blitt eller kan bli utsatt for slike overgrep⁷⁵. Her er det viktig at en ser på søkerens søknad med et kjønns sensitivt syn. Det er det ikke mange stater som gjør, og det er enda en av grunnene til at det er vanskelig for kvinner å få asyl på grunnlag av at de tilhører en spesiell sosial gruppe.

Bethany Lobo snakker i sin artikkel for *Georgetown Immigration Law Journal*⁷⁶ om at selv om det er akseptert at det eksisterer spesielle sosiale grupper som har kjønn som kjennetegn, viser stater tilbakeholdenhet i forhold til å definere en slik gruppe kun utfra "kjønn" som kjennetegn. Statene velger heller å definere spesiell sosial gruppe snevert for å unngå en hypotetisk flodbølge av asylsøkere. Hun påpeker at statene dermed legger vekt på isolerte enkelthendelser, som for eksempel kjønnslemlestelse av kvinner, fremfor hele spektret av kjønnsforfølgelse som er relevant for søkeren.

⁷³ Arbel, Dauvergne, Millbank (2014) s. 32, 33

⁷⁴ Arbel, Dauvergne, Millbank (2014) s. 33

⁷⁵ Goodwin-Gill, McAdams (2007) s. 82, 83

⁷⁶ Bethany Christa Lobo; "Women as a particular social group: A comparative assessment of gender asylum claims in the United States and United Kingdom", 2012, s. 368

3.2 Utviklingen i tolkningen av kvinner som ”spesiell sosial gruppe”

3.2.1 Vilkåret om årsakssammenheng

Ved tolkning og anvendelse av Flyktningkonvensjonens art. 1A (2) skal det som nevnt tidligere tas høyde for et underliggende krav om årsakssammenheng. Dette kravet er altså ikke uttrykkelig nevnt i konvensjonsteksten som et krav om årsak, men tolkes slik og er ofte påpekt i statspraksis⁷⁷. Dette kravet omtales som ”the requirement of nexus” eller ”casusation” på engelsk⁷⁸.

Det går i hovedsak ut på at den forfølgelsen som søkeren har blitt utsatt for og/eller frykter hun vil bli utsatt for senere må være *på grunn av* en konvensjonsgrunn. Konvensjonsgrunnen må være årsaken til at forfølgelsen i det hele tatt finner sted⁷⁹. Det må stilles et spørsmål om hvorfor vedkommende blir forfulgt, for å kunne gi grunnlag for asyl må svaret være at det skjedde på grunn av en konvensjonsgrunn.

Lord Millett tok stilling til nettopp dette i Shah & Islam (UK, 1996), og uttalte følgende: ” It is in my opinion essential to bear in mind at all times that it is not enough for the applicant for asylum to establish that he or she is a member of a particular social group and is liable to persecution. The applicant must also establish that he or she is liable to persecution because he or she is a member of the group. The applicant must be the subject of attack, not for himself or herself alone, but because he or she is one of those jointly condemned in the eyes of their persecutors for possession of the characteristic which is common to the group”⁸⁰. Årsaken knyttes opp mot forfølgerens betraktning av hvem som tilhører en spesiell sosial gruppe og dermed blir dette avgjørende for etableringen av årsakssammenheng. Perspektivet til forfølgeren vektlegges fremfor perspektivet til den forfulgte, og rettighetene til kvinnen vil i så måte måtte marginaliseres ytterligere.

⁷⁷ Ward, Canada (1993)

⁷⁸ Ward, Canada(1993); Applicant A, Australia (1997); Shah and Islam, UK (1999)

⁷⁹ Aleinikoff (2013)

⁸⁰ Shah &Islam, UK(1999) s. 26

En snever tolkning av vilkåret om årsakssammenheng har blitt ansett som en årsak til at kvinner som gruppe ikke omfattes av flyktningsvernet. Bethany Lobo påpeker i sin artikkel⁸¹ at ”The seminal obstacles to Convention protection for many refugee women are (1) particular social group membership and (2) the nexus requirement”, og dette er begge emner som det skal gjøres rede for i denne oppgaven.

Kravet til årsakssammenheng er i seg selv en begrensende faktor i vurderingen av om søkeren skal få asyl eller ikke. Ved å anvende det, utelukkes med en gang blant annet mennesker som rammes av naturkatastrofer, økonomisk krise eller generelle brudd på menneskerettigheter. Dersom de i tilfelle skulle klare å bevise at de blir forfulgt, kan de ikke i slike tilfeller vise til en konvensjonsgrunn. Dermed oppfylles ikke kravet om årsakssammenheng. Et eksempel er der alle borgerne i et land blir utsatt for brudd på menneskerettigheter fra statens side, men ikke på grunn av at de tilhører en spesiell gruppe. Det må foreligge en diskriminerende karakter ved det forfølgeren gjør, i dette eksempelet diskriminerer ikke staten én gruppe, men alle borgerne. Ikke-diskrimineringsprinsippet må derfor vurderes aktivt ved anvendelsen av konvensjonsgrunnene da det er kjernen i hva som omfattes av Flyktningkonvensjonen, og også kjernen i hvorfor kvinner kan utgjøre en spesiell sosial gruppe.

I amerikansk rettspraksis⁸² er det slik at selv om en kvinne blir utsatt for alvorlig vold i hjemmet *fordi* hun er kvinne, er det ikke sikkert at hun får asyl selv om hjemstaten hennes ikke kan eller vil beskytte henne. Hun blir betraktet som en kvinne som har en mann som slår. Det har i praksis vist seg at dersom en kvinne som opplever vold i hjemmet klarer å bevise at hun blir utsatt for det på grunn av at hun er kvinne *og* på grunn av en annen konvensjonsgrunn, er det enklere for henne å få asyl. Et eksempel på dette er S-A, 22 I. & N., B.I.A, USA (2000) der en muslimsk kvinne fra Marokko fikk asyl. Hun søkte om asyl på grunnlag av at hun ble slått av faren sin, som også hadde brent henne på innsiden av lårene. Grunnen til at hun ble utsatt for slik behandling var at hun hadde et mer liberalt syn på kjønnsroller enn faren sin. Retten kom til at hun sannsynliggjorde kravet om manglende beskyttelse i hjemstaten på grunnlag av at det var allment akseptert i Marokko at fedre hadde ubegrenset makt over døtrene sine, medisinsk dokumentasjon på mishandling ikke var nok for

⁸¹ Bethany Christa Lobo; ”Women as a particular social group: A comparative assessment of gender asylum claims in the United States and United Kingdom”, 2012

⁸² Se Matter of R.A. , USA (1996) som eksempel

å få statsbeskyttelse og at slike kvinner ble sendt tilbake til hjemmet sitt der de fortsatt ble mishandlet. Retten innvilget asyl på grunnlag av søkerens religion, og det at hun var kvinne. Dette tyder på at det er enklere som kvinne å få asyl dersom man går veien gjennom religion som konvensjonsgrunn, enn kun spesiell sosial gruppe.

Acosta (1985) fra USA er en sentral sak om spesiell sosial gruppe som konvensjonsgrunn⁸³, og kravet om årsakssammenheng ble ikke uttrykkelig nevnt i rettens drøftelse. Det blir påpekt at forfølgelsen må ha en sammenheng med en av konvensjonsgrunnene, og det ble formulert slik; ”The persecution feared must be ”on account of race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion”⁸⁴. Selv om det ikke er formulert som et klart krav til årsakssammenheng, kommer det av rettens tolkning av begrepet ”spesiell sosial gruppe” frem at den har sett problemet med å formulere begrepet for snevert. Slik som det vil bli nærmere redegjort for i punkt 3.2.2, ble det derfor formulert to alternativer som en spesiell sosial gruppe kan defineres ut fra, slik at visse grupper ikke blir utelukket fra å få asyl.

Årsakssammenheng er heller ikke uttrykkelig nevnt i Ward (Canada, 1993), men nevnes på samme måte som i Acosta (USA,1985); forfølgelsen må ha vært på grunn av en av konvensjonsgrunnene. Det anses ikke nok å påvise at søkeren har blitt forfulgt med mindre vedkommende klarer å bevise at det skjedde nettopp på grunn av en konvensjonsgrunn.

Shah & Islam (UK, 1999) er av stor betydning for utviklingen og tolkningen av kravet om årsakssammenheng. Retten valgte å vurdere årsakssammenhengen i forhold til den private forfølgeren og staten. Dermed fant retten en måte å komme seg rundt tanken om at vold i hjemmet kun skjer på grunn av personlige forhold og ikke på grunn av en konvensjonsgrunn⁸⁵. For øvrig brukte retten drøftelsene i Acosta (USA, 1985) som grunnlag for sin egen drøftelse.

⁸³ Den blir nærmere omtalt i punkt 3.2.2

⁸⁴ Matter of Acosta , USA(1985) s. 232

⁸⁵ Musalo (2003) s. 790

3.2.2 Utviklingen i konvensjonsgrunnen ”spesiell sosial gruppe” som sådan

I *Matter of Rodi Alalí Alvarado-Peña vs. United States of Immigration Appeals* (1996) ble det påpekt at søkeren, en kvinne som hadde blitt fysisk og seksuelt mishandlet av ektemannen, ikke var medlem i en spesiell sosial gruppe. Retten kom frem til at ”Guatemalan women who have been involved intimately with Guatemalan male companions, who believe that women are to live under male domination” ikke var en spesiell sosial gruppe. Begrunnelsen for dette var for det første at denne gruppen ikke skilte seg ut i samfunnet, den var ikke synlig og for det andre at den ikke oppfylte kravet om årsakssammenheng i den forstand at forfølgerne ikke så på kvinner som en del av denne gruppen. Retten baserte dette på at ektemannen kun misbrukte *henne*, og at han ikke hadde misbrukt noen andre kvinner og det var heller ikke forhold som pekte mot at han kom til å gjøre det i fremtiden. Dermed knyttes sentrale betingelser ved tolkningen av hvorvidt kvinnen er medlem av en spesiell sosial gruppe til forfølgeren og ikke til den forfulgte. I denne saken ble det stilt krav om at søkeren skulle tilhøre en gruppe der det var flere medlemmer som ble mishandlet av samme forfølger. Retten mente derfor at hun ikke hadde tilfredsstilt kravet om årsakssammenheng mellom selve forfølgelsen og konvensjonsgrunnen. Denne saken har senere blitt hardt kritisert, både internt og eksternt⁸⁶.

I *Matter of R.A. (USA)* ble i 2009 søkeren tilkjent asyl på grunnlag av at hun tilhørte den spesielle sosiale gruppen som hadde medlemmer som var ”married women in Guatemala who are unable to leave the relationship”. Retten definerte gruppen ut fra de forfulgte, løsrevet fra forfølgerens syn. Kvinnens rettigheter kan dermed anses hensyntatt, og muligheten for at konvensjonens formål om å gi beskyttelse der kvinner ikke kan få dette i hjemlandet, ivaretatt.

USA har ikke et tilsvarende prejudikat som Englands *Shah & Islam* (1999). Siden det ikke var en sak som tidligere anerkjente kvinner som en spesiell sosial gruppe, hadde ikke retten i *Matter of R.A. (USA, 1996)* en tidligere avgjørelse å holde seg til, og sto dermed ”fritt” til å tolke konvensjonen og det tilhørende kravet om årsakssammenheng. Det var dermed opp til retten selv å finne ut av hvilke momenter som skulle vektlegges i vurderingen.

Matter of Acosta (USA) fra 1985 er en av de mest sentrale amerikanske sakene som drøfter spørsmålet om hvem som utgjør en spesiell sosial gruppe, og har senere blitt akseptert og

⁸⁶ Commity on immigration and nationality laws (2003) , Aleinikoff (2001)

henvist til av andre stater. Selve forholdene i saken er ikke relevante her i den forstand at det ikke var snakk om kvinner som spesiell sosial gruppe, men om et tilfelle der søkeren mente at en gruppe med drosjesjåfører som ble truet av den lokale geriljaen utgjorde en spesiell sosial gruppe. Rettens drøftelse av hvilke vilkår som må være tilstede for at en søker skal kunne få asyl på grunn av at vedkommende tilhører en spesiell sosial gruppe er likevel relevant, spesielt siden denne drøftelsen har blitt henvist til i senere statspraksis på rettsområdet i saker om kvinner. Drøftelsen har blitt henvist til i blant annet Shah & Islam (UK, 1999) og Fornah (UK, 2006).

Ved drøftelsen av hva som kan utgjøre en spesiell sosial gruppe, valgte retten i Acosta (USA, 1985) å se på de fire andre konvensjonsgrunnlagene og basert på dem tolke seg frem til essensen i artikkel 1A (2). Som nevnt tidligere, brukte retten prinsippet om ejusdem generis⁸⁷ for å tolke seg frem til dette.

Om spesiell sosial gruppe uttaler retten at "Applying the doctrine of ejusdem generis, we interpret the phrase "persecution on account of membership in a particular social group" to mean persecution that is directed toward an individual who is a member of a group of persons all of whom share a common, immutable characteristic. The shared characteristic might be an innate one such as sex, color, or kinship ties, or in some circumstances it might be a shared past experience such as former military leadership or land ownership."⁸⁸. Denne delen av definisjonen anerkjenner eksplisitt at testen kan anvendes på grunnlag som for eksempel kjønn, som er et uforanderlig ("immutable") trekk ved en person. Denne utviklingen av testen for å definere en "spesiell sosial gruppe" fikk stor betydning for de etterfølgende kvinnesakene.

Religiøst eller politisk syn dekkes derimot ikke av denne, og retten la derfor til følgende; "However, whatever the common characteristic that defines the group, it must be one that the members of the group either cannot change, or should not be required to change because it is fundamental to their individual identities or consciences"⁸⁹. Det var denne uttalelsen som dannet grunnlaget for en av de to hovedteoriene om begrepet "spesiell sosial gruppe"; "pro-

⁸⁷ Se punkt 3.1.1.2

⁸⁸ Matter of Acosta, USA (1985) s. 233

⁸⁹ Matter of Acosta, USA (1985) s. 233

tected characteristic”-teorien. Det er ikke unaturlig at retten ved slike vurderinger tar hensyn til at gruppene som faller innenfor definisjonen ikke blir for stor, men definisjonen må heller ikke bli for snever slik som i Sanchez-Trujillo et al. v. INS, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit (1986) som blir omtalt senere.

Acosta-(USA, 1985) la grunnlaget for at ulike spesielle sosiale grupper senere ble anerkjent av den amerikanske retten. I *Fatin vs. Immigration and Naturalization Service*, United States Court of Appeals for the Third Circuit (1993) ble det anerkjent at kjønn kan utgjøre en spesiell sosial gruppe, i *Kasinga*⁹⁰ (USA, 1996) ble tilhørighet til en spesifikk stamme akseptert, i *Toboso-Alfonso* (USA, 1990)⁹¹ ble det slått fast at seksuell identitet kan gjøre at man tilhører en spesiell sosial gruppe, i *Fuentes* (USA, 1988)⁹² kom retten til at ”past experiences” kan være grunnlag for at visse mennesker tilhører en spesiell sosial gruppe og i *Lwin* (USA, 1998)⁹³ ble en ”familie” godtatt som en spesiell sosial gruppe.

”Protecte characteristics”-teorein fra Acosta (USA, 1985) ble anerkjent og brukt i Ward (Canada, 1993) ikke lenge etter⁹⁴. Den Canadiske Høyesteretten sa seg enig med fremgangsmåten brukt i Acosta (USA, 1985) ved bruk av ejusdem generis; ”The meaning assigned to ”particular social group” in the Act should take into account the general underlying themes of the defence of human rights and anti- discrimination that form the basis for the international refugee protection initiative.”⁹⁵.

Retten forklarer i Ward (Canada, 1993) sin ”immutable characteristics”-teori slik: ”The tests proposed in *Mayers, supra, Cheung, supra, and Matter of Acosta, supra*, provide a good working rule to achieve this result. They identify three possible categories:

- (1) groups defined by an innate or unchangeable characteristic;
- (2) groups whose members voluntarily associate for reasons so fundamental to their human dignity that they should not be forced to forsake the association; and
- (3) groups associated by a former voluntary status, unalterable due to its historical perma-

⁹⁰ Kasinga, USA (1996)

⁹¹ Tosobo-Alfonso, USA (1990)

⁹² Fuentes, USA (1988)

⁹³ Lwin vs. INS, USA (1998)

⁹⁴ Ward, Canada (1993) s. 74, 75, 78

⁹⁵ Ward, Canada (1993) s. 78

nence.” Protected characteristics-teorien fikk dermed mer omslutning.

I Sanchez-Trujillo (USA, 1986) var søkeren en ung mann som mente at han var medlem av en spesiell sosial gruppe fordi staten i El Salvador mistenkte at han var med i den lokale geriljaen på grunn av at han nektet å verve seg i statens militær. Retten anvendte en test med fire trinn for å finne ut av om de utgjorde en spesiell sosial gruppe, og valgte dermed å se bort fra ”protected characteristic”-teorien fra Acosta (USA, 1985). Retten kom frem til at for det første måtte gruppen være synlig, for det andre måtte søkeren kunne godtgjøre at han faktisk var medlem av denne gruppen, for det tredje måtte gruppen være utsatt for forfølgelse på grunn av sine karakteristikk som gruppe og for det fjerde måtte det bevises at det forelå ”special circumstances” som gjorde det nødvendig å gi gruppen asyl kun basert på at de tilhører en spesiell sosial gruppe⁹⁶.

Ved den særskilte drøftelsen av kravet om gruppens synlighet uttalte retten at; “The statutory words "particular" and "social" which modify "group,"...indicate that the term does not encompass every broadly defined segment of a population, even if a certain demographic division does have some statistical relevance. Instead, the phrase "particular social group" implies a collection of people closely affiliated with each other, who are actuated by some common impulse or interest. Of central concern is the existence of a voluntary associational relationship among the purported members, which imparts some common characteristic that is fundamental to their identity as a member of that discrete social group.”⁹⁷ Her valgte retten å tolke ”spesiell” og ”sosial” for å komme frem til hva det innebærer å være en del av en ”gruppe” i Flyktningkonvensjonens forstand.

Denne formuleringen har blitt kritisert både i statspraksis⁹⁸ og teori senere. Dersom en anven-der Sanchez-Trujillo-formuleringen er det for eksempel ikke mulig å stadfeste at kjønn kan utgjøre en spesiell sosial gruppe. Kjønn er en uforanderlig og fundamental del av en person, men det oppfyller ikke kravet om at gruppen må være homogen og det at medlemmene frivillig assosierer seg med gruppen. Dette er også påpekt i Applicant A (Australia, 1997) om Sanchez-Trujillo-testen; “With respect, I consider that these criteria or guidelines, however well intended, constitute an impermissible substitution for the words of the Convention. The

⁹⁶ Sanchez-Trujillo, USA (1986) avsnitt 20

⁹⁷ Sanchez-Trujillo, USA (1986) avsnitt 27

⁹⁸ Islam & Shah, UK (1999); Applicant A, Australia (1997); Lewin vs. INS, USA (1998)

test propounded unduly restricts the application of the Convention construed according to its terms. Membership of a voluntary association is not required by the language of the Convention. It is contradicted by the very sources of persecution which may make such association perilous or even impossible. There is no mention whatever in the Convention of "special circumstances"⁹⁹. Som nevnt tidligere¹⁰⁰ må tolkning av Flyktningkonvensjonen ikke bli for snever, og utgangspunktet skal hovedsakelig være selve konvensjonsteksten, noe Sanchez-Trujillo-testen har blitt kritisert for ikke å ha tatt i betraktning.

En av grunnene til at retten i Sanchez-Trujillo (USA, 1986) kom frem til denne testen er at den ikke fant konkret veiledning fra andre kilder. Det var lite veiledning i Håndboken¹⁰¹, bortsett fra avsnitt 77 som pekte mot at en gruppe er "persons of similar background, habits and social status". Retten ville videre unngå å tolke "spesiell sosial gruppe" slik at begrepet ble et sikkerhetsnett for asylsøkere som ikke kunne påberope seg en av de andre konvensjonsgrunnene, og vegret seg mot "sweeping demographic divisions"¹⁰²

Acosta (USA, 1985), Ward (Canada, 1993) og Sanchez-Trujillo (USA, 1986) la grunnlaget for tolkningen av begrepet "spesiell sosial gruppe", og hva det innebærer. Andre stater har senere bygd videre på disse dommene når de har anvendt konvensjonsgrunnen i saker om kvinner som spesiell sosial gruppe.

I Shah & Islam (UK, 1999) kom retten frem til fire trinn som må vurderes for å komme frem til om søkerne tilhører en spesiell sosial gruppe. Lord Steyn og Lord Hoffmann formulerte en "protected characteristics"-test i tråd med den fra Acosta (USA, 1985), basert på prinsippet om ejusdem generis, som går ut på at en spesiell sosial gruppe må ha trekk som er uforanderlige eller så grunnleggende for individet at det ikke kan forventes at hun endrer på dem¹⁰³.

⁹⁹ Applicant A. Australia (1997) s. 59

¹⁰⁰ Punkt 1.3 i denne oppgaven

¹⁰¹ Goodwin-Gill, McAdam (2007) s. 76

¹⁰² Sanchez-Trujillo, USA (1986) avsnitt 29

¹⁰³ Shah & Islam, UK (1999) s. 6-9

Deretter formulerte Lord Hoffmann et alternativ; ”social perception”-testen i tråd med uttalelsene i Applicant A¹⁰⁴, som går ut på at den spesielle sosiale gruppen som søkeren mener hun tilhører må være synlig i samfunnet hun kommer fra¹⁰⁵. Tanken er at synligheten gjør at gruppen er utsatt for forfølgelse.

Etter rettens vurdering, ble ”protected characteristic”-teorien brukt i denne saken fordi retten kom frem til at kjønn er et uforanderlig trekk ved et individ, og at visse mennesker er medlemmer av en spesiell sosial gruppe basert på hvilket kjønn de har. Om anvendelsen av protected characteristic-teorien sier Lord Steyn at ”The reasoning in Acosta (USA, 1985), which has been followed in Canada and Australia, is applicable”¹⁰⁶.

Lord Hoffmann presiserte om Pakistan at ”Within that society, it seems to me that women form a social group of the kind contemplated by the Convention. Discrimination against women in matters of fundamental human rights on the ground that they are women is plainly in pari materiae with discrimination on grounds of race. It offends against their rights as human beings to equal treatment and respect”. Lord Hoffmann henviser her også til at kvinner i Pakistan mangler noe som i vestlige land ses på som en grunnleggende menneskerettighet, nemlig likestilling og respekt som menneske. Her ser man at i den grad kretsen omfatter alle kvinnene i samfunnet, står dette i samsvar med en anerkjennelse av grov systemsvikt i samfunnet hva gjelder kvinnens situasjon, utsatthet, og mulighet til beskyttelse. Det er knyttet til hva kvinnen frykter, som er forfølgelse, og risikoen for at dette skal inntreffe, som vil være velbegrunnet frykt, herunder omfanget av forfølgelsen i samfunnet.

Lord Hope uttaler i en avsluttende kommentar at “...the particular social group must be identified in each case in the light of the evidence, the fact that women in Pakistan belong to a particular social group because of the way people of their gender are treated in their society does not mean that the same result will be reached in every other country where women are discriminated against. In other cases the evidence may show that the discrimination is based

¹⁰⁴ Applicant A, Australia (1997) s. 341; ”However, one important limitation which is, I think, obvious is that the characteristic or element which unites the group cannot be a common fear of persecution.”, Islam & Shah (1999) s. 21

¹⁰⁵ Shah & Islam, UK (1999) s. 10

¹⁰⁶ Shah & Islam, UK (1999) s. 11

on some other characteristic as well as gender”¹⁰⁷.

I *Secretary of State for the Home Department v. ZH* (UK, 2003) mente retten at søkeren ikke sannsynliggjorde manglende beskyttelse fra staten i det hun kun hadde oppsøkt politiet en gang, uten å formelt anmelde ektemannen. Dessuten hadde hun snakket med en politimann som var venn av familien, noe retten mente ikke var tilstrekkelig. Videre støttet retten synet sitt på at hun ikke hadde søkt om skilsmisse, og hun hadde heller ikke oppsøkt medisinsk hjelp for skadene hun ble påført¹⁰⁸.

Retten mente at ”Iranian women” ikke var en spesiell sosial gruppe; ”The intensity or nature of the discrimination faced by women in Iran is markedly less than in Pakistan, their rights, protection and role significantly better.... In examining women in Iran as a particular social group, it is necessary to examine their general or overall position, and not just e.g. marital status laws. Their overall position is not such that women in general should be regarded as a particular social group.”¹⁰⁹. Det virker som at *Shah & Islam* (UK, 1999) brukes som en terskel som ikke alle kvinner klarer å komme over, der det forventes at forholdene i søkerens hjemland må være minst like ille eller verre enn forholdene for kvinner i Pakistan.

I *Fornah* (UK) fra 1999 dreide seg om en kvinne som flyktet fra Sierra Leone på grunn av frykt for kjønnslemlestelse, og påberopte seg asyl på grunnlag av at hun tilhørte en spesiell sosial gruppe etter Flyktningkonvensjonen art. 1A (2).

I avsnitt 26 kommer Lord Bingham frem til at kvinner som flykter fra hjemlandet på grunn av fare for kjønnslemlestelse, kan få asyl. Han påpekte også at ”protected characteristics”- og ”social visibility”-testene ikke er kumulative, og søkeren ikke trenger å sannsynliggjøre begge¹¹⁰. Videre kom han frem til at for å avgjøre om søkeren står i fare for å bli utsatt for kjønnslemlestelse, måtte retten vurdere og avgjøre om det forelå bevis for at slik forfølgelse ble rettet mot søkeren, om familien hennes var villig og kunne beskytte henne og om kjønnslemlestelse er utbredt i hjemlandet hennes. Lord Bingham fant det sannsynliggjort at

¹⁰⁷ *Shah & Islam*, UK (1999) s. 22

¹⁰⁸ *ZH*, UK (2003) avsnitt 11

¹⁰⁹ *ZH*, UK (2003) avsnitt 82

¹¹⁰ *Fornah*, UK (2006) avsnitt 46, s. 29

mesteparten av jenter og kvinner i Sierra Leone ble kjønnslemlestet og at staten ikke var villig til å hindre dette i å skje.

Retten anvendte ”protected characteristics”-teorien og uttalte at: “...I think it clear that women in Sierra Leone are a group of persons sharing a common characteristic which, without a fundamental change in social mores is unchangeable, namely a position of social inferiority as compared with men. They are perceived by society as inferior...To define the group in this way is not to define it by reference to the persecution complained of: it is a characteristic which would exist even if FGM were not practised, although FGM is an extreme and very cruel expression of male dominance... I find no difficulty in recognising women in Sierra Leone as a particular social group for purposes of article 1A(2)”¹¹¹. Den spesielle sosiale gruppen vedvarte selv om ikke alle medlemmene var forfulgt. Det ble påpekt at de fleste kvinner i Sierra Leone ikke anså kjønnslemlestelse som forfølgelse, og godtok dette som en selvfølge. Dette vil imidlertid ikke viske vekk frykten søkeren føler. Ved tolkningen av hva som utgjør ”forfølgelse” brukes det objektive kriterier, slik som menneskerettslig vern. Utviklingen i tolkningen av vilkåret om ”forfølgelse” bidrar derfor til tolkningen av kvinner som spesiell sosial gruppe.

I *Minister for Immigration and Multicultural Affairs vs. Khawar* (Australia, 2002) fikk ikke søkeren asyl fordi retten mente at de ikke-statlige forfølgerne, ektemannen og familien hans, ikke forfulgte søkeren fordi hun var medlem i en spesiell sosial gruppe. Rettens vurderinger av dette er likevel av betydning. Det ble påpekt at en søker kunne i teorien få asyl på grunnlag av en kjønnsbasert spesiell sosial gruppe etter Flyktningskonvensjonen dersom det ble påvist diskriminering på grunn av kjønn og manglende beskyttelse fra staten. Dommer Gleeson uttalte at ”Women in any society are a distinct and recognisable group; and their distinctive attributes and characteristics exist independently of the manner in which they are treated, either by males or by governments. Neither the conduct of those who perpetrate domestic violence, or of those who withhold the protection of the law from victims of domestic violence, identifies women as a group. Women would still constitute a social group if such violence were to disappear entirely. The alleged persecution does not define the group”¹¹².

¹¹¹ Fornah, UK (2006) avsnitt 31, s. 23, 24, Lord Bingham

¹¹² Khawar, Australia (2002) avsnitt 35

3.2.3 Vilkåret om forfølgelse

Av Flyktningkonvensjonens art. 1A (2) fremgår det at en søker kan søke om asyl "...på grunn av at han med rette frykter for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning...". Flyktningkonvensjonen stiller altså et krav om at en asylsøker må frykte forfølgelse, det vil si behandling som faller innenfor statens plikt til å beskytte henne men som staten ikke oppfyller, og at denne frykten er knyttet til en av konvensjonsgrunnene¹¹³. Tilfellet må være at søkeren forfølges av enten staten eller en privat person som staten ikke kan eller er villig til å beskytte henne mot. Dersom hun kan unngå forfølgelse ved å være internflyktning, har staten oppfylt sin plikt til å beskytte henne og hun kan dermed ikke få asyl. Dersom hun ikke har mulighet til å flykte internt uten fortsatt forfølgelse, har staten ikke oppfylt plikten sin til å beskytte borgeren sine, og hun kan få asyl¹¹⁴.

I mange land nekter politiet å hjelpe kvinner som for eksempel anmelder vold i hjemmet, enten fordi de mener at det er et internt familieanliggende eller fordi det er en del av kulturen at kvinner forventes å ikke protestere mot slike handlinger. I slike tilfeller er det tydelig at kvinner oppfyller kravet om manglende beskyttelse fra staten i hjemlandet, men slik som det påpekes senere i oppgaven, er det ikke alltid tilfelle at dette er like åpenbart for retten som hun legger frem saken sin for.

Forfølgelse av kvinner skjer ofte i den private sfæren, og det har derfor vært problematisk å stadfeste at for eksempel vold i hjemmet kan utgjøre forfølgelse i Flyktningkonvensjonens forstand. Dilemmaet ligger i det å kunne stadfeste og bevise at oppførselen til forfølgeren og/eller statens unnlattelse til å gi beskyttelse er "på grunn av" søkerens medlemskap i en spesiell sosial gruppe¹¹⁵.

På dette rettsområdet har utvikling i synet på hva som kan utgjøre forfølgelse vært viktig. Mange handlinger som tidligere ble sett på som en del av kulturen i andre land har etter hvert fått status som forfølgelse. Eksempler på dette er *Matter of Kasinga*, Board of Immigration Appeals, USA (1996) der det ble slått fast at omskjæring av kvinner utgjør forfølgelse, og

¹¹³ Lobo (2012) s. 364

¹¹⁴ Lobo (2012) s. 365

¹¹⁵ Aleinikoff (2001)

Islam & Shah fra 1999 der House of Lords kom frem til at fysisk vold mot kvinner der staten ikke er villig til å beskytte dem utgjør forfølgelse etter Flyktningkonvensjonen.

Ifølge avgjørelsen i *Matters of R.A. (USA, 1996)* var det et krav om at en spesiell sosial gruppe i sin helhet måtte forfølges, det var ikke nok at søkeren kun beviste at hun selv ble forfulgt. Rettens avgjørelse i denne saken henger ikke helt sammen med dens tidligere avgjørelser. Som et eksempel kan nevnes *Kasinga (USA, 1996)*¹¹⁶ fra samme år. I *Kasinga (USA, 1996)* kom underretten først frem til at Kasinga ikke i stor nok grad sannsynliggjorde at hun ble forfulgt. Videre ble det påpekt at selv om hun klarte å sannsynliggjøre at forfølgelse hadde funnet sted, ble hun ikke "...singled out for circumcision [...] [since] all members of her ethnic tribal group..." ble utsatt for det samme. Dommeren som uttalte dette baserte uttalelsen sin på det aksepterte synet om at omskjæring av kvinner var en del av kulturen på stedet og stammen Kasinga tilhørte, og dermed ikke kunne regnes som forfølgelse fordi alle kvinner i denne stammen ble utsatt for det. Denne betraktningen har sin rot i at jo flere som omfattes av gruppen, desto strengere blir tolkningen av ordlyden. Det potensielle omfanget av gruppen vil i seg selv bidra til å definere hvorvidt den kan betegnes som en "gruppe" i Flyktningkonvensjonens forstand. Rettens uttalelse om at omskjæring er en del av kulturen derimot, og ikke forfølgelse, viser samtidens kvinnesyn hos beslutningstakeren.

Denne saken ble anket, og Kasinga fikk asyl etter U.S. Board of Immigration Appeals vurdering. Etter rettens endelige vurdering ble det fastslått at Kasingas forklaring var troverdig, og at frykt for omskjæring gjør at slike kvinner blir å regne som medlemmer i en spesiell sosial gruppe som kan føre til at de har grunnlag for asyl. Det ble stadfestet at "[y]oung women of the Tchamba-Kunsuntu Tribe who have not had FGM, as practiced by the tribe, and who oppose the practice" utgjør en spesiell sosial gruppe i Flyktningkonvensjonens forstand. Retten valgte altså å definere den spesielle sosiale gruppen snevert, ut fra den som blir forfulgt og selve forfølgelsen som var kvinnelig kjønnslemlestelse, i stedet for å for eksempel si at "women of the Tchamba-Kusuntu Tribe" utgjør en spesiell sosial gruppe.

Kasinga (USA, 1996) er ikke viktig kun fordi det stadfestes at kjønnslemlestelse av kvinner utgjør forfølgelse, men også fordi den anerkjenner at ikke-statelige personer kan være

¹¹⁶ Matter of Kasinga, USA (1996)

forfølgere. Dette utgjør en veldig viktig utvikling fra et kvinneperspektiv, idet kvinner ofte blir forfulgt av privatpersoner. Før denne saken ble avgjort, var det ikke tydelig praksis om at kvinner som er i fare for å bli utsatt for kjønnslemlestelse utgjør en spesiell sosial gruppe. Det ble derfor sett på som en kulturell praksis som ble praktisert i den private sfæren som ble utført av private aktører, og derfor ikke kunne regnes som forfølgelse¹¹⁷. Det skal her nevnes at USA vedtok å forby kvinnelig kjønnslemlestelse ved 18 United States Code § 116 i 1996, og at det dermed ble straffbart å kjønnslemlestet noen i USA. En formalisert endring i lovgivning som reflekterer endringene i samfunnet er en tungtveiende faktor i den dynamiske tolkningen av Flyktningkonvensjonen. Det viser at samfunnet utvikles og endres, og at Flyktningkonvensjonen påvirkes av slik utvikling.

Ved å komme frem til at forfølgere i noen tilfeller kan være ikke-statlige aktører, tok retten et skritt videre i å klargjøre at kvinner som sådan kan utgjøre en spesiell sosial gruppe i slike tilfeller. Kravet til årsakssammenheng ble også ansett oppfylt i denne saken, noe som har vist seg å være svært vanskelig å stadfeste i praksis både før og etter denne saken. Dette var et skritt i riktig retning i den forstand at kravet om årsakssammenheng tidligere ikke ble aktuelt i slike saker fordi selve forfølgelsen ikke ble regnet som forfølgelse. Klarheten Kasinga (USA, 1996) brakte med seg var midlertidig og relativt kortvarig siden den ble etterfulgt av *Matter of R.A* (1996)¹¹⁸.

I Shah & Islam (UK, 1999) ble det påpekt at det krevdes både alvorlig krenkelse eller mishandling og manglende beskyttelse fra staten for å oppfylle kravet om forfølgelse¹¹⁹ når forfølgelsen ble begått av en privat person. Ved tolkningen av hva som kreves for at en handling skal utgjøre forfølgelse ble det altså stilt to krav for å oppfylle vilkåret om forfølgelse i slike tilfeller. Lord Hoffmann påpekte i sin tolkning av ”forfølgelse” at kvinner som ikke lenger bodde i samme hjem som ektefellen sin, eller som hevdet de var voldtatt, ble utsatt for diskriminering av samfunnet og ektefellene deres kunne anklage dem for utroskap¹²⁰, noe han utledet fra en rapport fra The International Bar Association¹²¹. Anklager

¹¹⁷ Musalo (1999) s. 55

¹¹⁸ *Matter of R.A*, USA (1986), ble endelig avgjort i desember 2009 i favør av søkeren. Det tok henne 14 år å få asyl (Center for Gender & Refugee Studies).

¹¹⁹ Shah & Islam, UK (1999) s. 13

¹²⁰ Shah & Islam, UK (1999) s. 12

om utroskap kunne føre til svært streng straff, som for eksempel steining. Det ble i stor nok grad ansett sannsynliggjort at begge kvinnene ikke fikk hjelp av staten i hjemlandet nettopp på grunn av at de var kvinner.

Lord Steyn på sin side forankret sin drøftelse om forholdene for kvinner i Pakistan i blant annet en rapport fra Amnesty International om kvinner i Pakistan. Videre henviste han til Universal Declaration of Human Rights fra 1948 artikkel 1 og 2, der det står at likestilling betyr behandling "without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status". Han bruker også fortalen aktivt for å illustrere at prinsippet om ikke-diskriminering skal være fremtredende i anvendelsen av Flyktningkonvensjonen, og presiserer også at dårlige forhold "is also true of many other countries and by itself it does not give rise to a claim to refugee status. The distinctive feature of this case is that in Pakistan women are unprotected by the state."¹²²

Retten påpekte videre at en spesiell sosial gruppe ikke kan defineres utfra frykt for forfølgelse¹²³. Frykt for forfølgelse er ikke en konvensjonsgrunn i seg selv, det er et vilkår. Derfor vil i slike tilfeller ikke kravet om årsakssammenheng være oppfylt, og drøftelsen ville blitt sirkulær og ikke ført noe sted.

Ifølge rettens vurdering er det ikke slik at alle medlemmer i gruppen trenger å være forfulgt for at søkeren skal kunne få asyl; "Such factors do not narrow the membership of the group, but go to the question whether the applicant's fear of persecution is well founded"¹²⁴. Søkeren skal ikke trenge å sannsynliggjøre at andre enn henne selv blir forfulgt. Retten kom frem til at kvinner i Pakistan generelt blir behandlet meget nedverdiggende og dårlig, noe som tilsier at i utgangspunktet er alle kvinner i Pakistan medlemmer i en spesiell sosial gruppe. Det er likevel ikke slik at alle kvinner fra Pakistan kan eller har søkt om asyl. Grunnene til dette kan være mange. Blant annet kan nevnes at mange kvinner får beskyttelse av familien sin, eller så lever de i et hushold som ikke praktiserer slik nedverdiggende behandling av kvinner, eller så kan det hende at de bor i et område der kulturen er annerledes og mer aksepterende overfor

¹²¹ Shah & Islam, UK (1999) s. 12, *Report og Aspects of the Rule of law and Human Rights in the Legal System og Pakistan*, The International Bar Association, desember 1998

¹²² Shah & Islam, UK (1999) s. 2

¹²³ Shah & Islam, UK (1999) s. 21

¹²⁴ Shah & Islam, UK (1999) s. 26

kvinner¹²⁵. Konvensjonens øvrige vilkår vil følgelig være avgjørende for vurderingen av kvinnens behov for beskyttelse.

Videre valgte retten særskilt å påpeke i spørsmålet om hvorvidt kravet til årsakssammenheng mellom forfølgelsen og konvensjonsgrunnen var oppfylt, at for å kunne tilfredsstille dette kravet i det aktuelle tilfellet måtte søkeren mangle beskyttelse fra staten. Lord Hoffmann påpekte at forfølgelsen i dette tilfellet består av to elementer, det ene er at kvinnene ble forfulgt av private personer, og det andre er at staten ikke kunne eller ville beskytte dem mot denne private forfølgeren. Det ble henvist til et sitat fra Gender Guidelines for the Determination of Asylum Claims in the UK; "Persecution = Serious Harm + The Failure of State Protection" for å forklare dette. Ved å henvise til "failure of state protection" her, viser retningslinjene til prinsippet om subsidiærbeskyttelse, som er en viktig del av asylvurderingen. Videre ble det vist til at det forelå bevis som tilsa at de ikke fikk beskyttelse av staten fordi de var kvinner, og at "It denied them a protection against violence which it would have given to men"¹²⁶. Det er tydelig at kvinner systematisk diskrimineres i Pakistan.

Shah & Islam (UK, 1999) regnes som en milepæl på dette rettsområdet siden den anerkjente at søkeren har rett på asyl på grunnlag av at hun *som kvinne* er medlem i en spesiell sosial gruppe, og det at hun hadde blitt utsatt for vold fra ektefellen sin og ikke fikk beskyttelse fra staten oppfylte vilkåret om både forfølgelse og årsakssammenheng. Den har blitt sett hen til både i andre nasjonale saker og i saker fra andre stater.

Domstoler på lavere nivå i Storbritannia har kompensert for dette ved å benytte seg av vilkåret om at internflukt skal være mulig, for å avvise søknader. Mest sannsynlig ligger det bekymringer om overflod av innkommende søknader på grunnlag av tilhørighet til kvinner som sosial gruppe bak denne metoden¹²⁷. De har benyttet seg av et todelt krav om fraværet av beskyttelse fra staten i hjemlandet i saker der konvensjonsgrunnen om spesiell sosial gruppe påberopes; søkeren må for det første bevise at staten ikke gir beskyttelse i hennes eget tilfelle, og for det andre må hun sannsynliggjøre at hele gruppen diskrimineres generelt¹²⁸. Dette fører til at dersom en kvinne klarer å bevise at hun har en velbegrunnet frykt for forfølgelse og at hun ikke får beskyttelse av staten, kan hun ikke få asyl med mindre hun også klarer å

¹²⁵ Små landsbyer i motsetning til større byer.

¹²⁶ Shah & Islam, UK (1999) s. 17

¹²⁷ Lobo (2012) s. 375

¹²⁸ ZH, UK (2003) avsnitt 20, 21

sannsynliggjøre at kvinner som gruppe blir diskriminert av staten i hjemlandet hennes¹²⁹. Denne fremgangsmåten samsvarer dårlig med prinsippet om ejusdem generis. En søker som søker om asyl på grunnlag av for eksempel sitt religiøse syn må sannsynliggjøre frykt for forfølgelse i sitt eget tilfelle og trenger ikke å bevise at hele gruppen forfølges¹³⁰.

I Refugee Appeal No. 71427/99¹³¹ fra New Zealand var søkeren en kvinne fra Iran som ble utsatt for vold og trusler av sin tidligere ektemann, både mens de var gift og etter at de ble skilt. Her fulgte retten fremgangsmåten fra Shah & Islam (UK, 1999) og benyttet seg av ”Persecution = Serious harm + failure of state”-frasen, og påpekte at ”the attitude to domestic violence by the state is one of condemnation, if not complicity”¹³².

Det ble slått fast at den kumulative effekten av diskriminering av kvinner i samfunnet utgjorde ”serious harm”. Det ble også påpekt at det av den grunn kan gå an for kvinner fra Iran å få asyl selv om de ikke blir utsatt for vold i hjemmet, diskriminering kunne være nok; ”The depth of gender-based discrimination in the Iranian legal system, and indeed in the society at large, is underlined by the fact that gender discrimination is also the central fracture of the Iranian penal code”¹³³. Det er verdt å nevne at retten konkluderte med at ektemannen ikke mishandlet søkeren fordi hun var en kvinne, Men at det var en tydelig årsakssammenheng mellom konvensjonsgrunnen og statens behandling av kvinnen.

¹²⁹ Lobo (2012) s. 373

¹³⁰ Lobo (2012) s. 373

¹³¹ 14 July 1999

¹³² Refugee Appeal No. 71427/99 avsnitt 10

¹³³ Refugee Appeal No. 71427/99 avsnitt 6

3.3 Oppsummering

I de forskjellige staters tolkning av spesiell sosial gruppe er det visse aspekter som har vært fremtredende i vurderingen av om konvensjonsgrunnen kan komme til anvendelse. Presisering og utvikling av konvensjonsgrunnen som sådan var tidligere et sentralt tema i vurderingen. Etter hvert som det gjennom statspraksis ble utviklet en definisjons som oppnådde konsensus blant andre stater, ble det plass til å i større grad vurdere andre aspekter.

Sammenhengen mellom vilkårene om ”årsakssammenheng” og ”forfølgelse” er et sentralt tema. Dette er ofte avgjørende i vurderingen av om søkeren kan få asyl eller ikke, og er under konstant utvikling. Som nevnt tidligere utvikler begrepet ”forfølgelse” seg hele tiden, og forhold som tidligere ikke ble sett på som forfølgelse blir inkludert dersom retten kommer til at de utgjør ”serious harm”.

Tankegangen bak hvordan identifiseringen av grupper av kvinner gjøres har også utviklet seg. Der søknader tidligere ble avslått på grunnlag av en tankegang om at ”forfølgeren definerer gruppen”, har statene i senere tid i større grad benyttet seg av tankegangen om at ”den forfulgte definerer gruppen”.

Fokus på at kvinnen kanskje kan få beskyttelse i hjemlandet og ivaretagelsen av prinsippet om subsidiær beskyttelse er også noe som går igjen i mange staters praksis.

Praksis illustrer også at en naturlig forståelse av begrepene ”spesiell” og ”gruppe” tilsier en avgrenset krets, og mye av tolkningen synes å ha vært sentrert rundt spørsmålet om å ikke tolke inn en for stor krets. Dersom kretsen omfatter alle kvinner i et samfunn, reflekterer dette grov systemsvikt og diskriminering i vedkommende samfunn.

I Storbritannia har det i rettspraksis blitt slått fast at alle kvinner i et spesifikt land kan utgjøre en spesiell sosial gruppe. House of Lords har i sin praksis anerkjent kvinner som en spesiell sosial gruppe og de har definert gruppen som kvinner i et spesifikt land, som for eksempel ”kvinner i Pakistan” i Shah & Islam (UK, 1999)¹³⁴, og ”kvinner i Sierra Leone” i K and

¹³⁴ Shah & Islam (1999) s. 10

Fornah (2006). De har også uttalt at kjønn kan utgjøre en spesiell sosial gruppe fordi kjønn er et uforanderlig trekk ved et individ¹³⁵.

I Refugee Appel No. 71427/99 (New Zealand, 1999) kom domstolen frem til at kvinner generelt kan utgjøre en spesiell sosial gruppe¹³⁶.

Den Canadisk høyesteretten har også kommet til at en spesiell sosial gruppe kan defineres ut fra kjønn, jf. Ward (Canada, 1993). Det som er spesielt her er at dette også er fulgt opp og akseptert i underrettspraksis, som dermed fører til at praksisen blir mer konsis. Dette er ikke tilfellet i alle stater, og det fører til en praksis som ikke er konsistent.

USAs Høyesterett har enda ikke anerkjent kvinner som en spesiell sosial gruppe, og det er sjeldent at de lavere domstolene gjør det¹³⁷. Retten velger enten å gi asyl til kvinner på grunnlag av en snever definisjon av ”spesiell sosial gruppe”, eller så velger den å nekte asyl i sin helhet¹³⁸. Antakelig er dette på grunn av frykt for at en mindre snever definisjon vil føre til overflod av asylsøkere fra vedkommende gruppe. På den andre siden har retten uttalt at kvinner *kan* anerkjennes som en spesiell sosial gruppe fordi kjønn regnes som en uforanderlig del av et individ¹³⁹.

UNHCR har vært klar på at kvinner generelt¹⁴⁰ kan utgjøre en spesiell sosial gruppe, og at de kan tilkjennes asyl på grunnlag av dette. Ifølge anbefalingene deres stilles det ikke et forhøyet beviskrav for å bli erkjent asyl fordi søkeren er kvinne og på grunnlag av de tilhører en spesiell sosial gruppe. Dette har imidlertid ikke blitt fulgt opp av alle stater, og har skapt en del forskjeller i hvordan statene tolker denne konvensjonsgrunnen.

I forhold til norsk rett ble det uttalt i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 80 at det er ”anerkjent i norsk praksis at ... forfølgelse på grunn av kjønn, skal anses dekket av denne konvensjonsgrunnen”. Stortingsflertallet i Inns. O. Br. 42 s. 19-29 sa at ”kjønnsrelatert

¹³⁵ Shah & Islan (1999) s. 640, 641

¹³⁶ Øyen (2013)

¹³⁷ Lobo (2012) s. 362

¹³⁸ Lobo (2012) s. 362

¹³⁹ Acosta (1985) s. 233

¹⁴⁰ Øyen (2013)

forfølgelse gir grunnlag for anerkjennelse som flyktning etter flyktningkonvensjonen (...) Det er (...) vanlig å hevde at kvinner kan ses på som en ”sosial gruppe”. Dermed er det grunnlag for å anta at i Norge skal i utgangspunktet kvinner som sådan kunne regnes som en spesiell sosial gruppe.

Slik som Øyen¹⁴¹ formulerer det, er Flyktningkonvensjonen et levende instrument som utvikles over tid. Den påvirkes av samfunnssynet generelt, statspraksis og ny teori. Etter hvert som det går opp for verdenssamfunnet at det er nye forhold som bør falle inn under konvensjonens beskyttelse, blir det også satt i gang endringer. Da konvensjonen ble vedtatt var det ikke helt klart hvem som skulle beskyttes av konvensjonsgrunnen om tilhørighet til en spesiell sosial gruppe. Siden den gang har dette begrepet utviklet seg i takt med utviklingen og den økte forståelsen for hva som kan utgjøre forfølgelse. Det som ved vedtakelsen ble sett på som kulturell praksis og utenfor verdenssamfunnets jurisdiksjon, ble etter hvert anerkjent som forfølgelse¹⁴².

Dommer Kirby uttalte i Applicant A (Australia, 1997) at “Because the Convention is universal, it does not speak only of the grounds of persecution that have been most familiar to Western countries ... in other societies, and in modern times, different cultural norms and social imperatives may give rise to different sources of persecution ... The concept is not at static one. Nor is it fixed by historical appreciation.” Konvensjonen ble vedtatt rett etter andre verdenskrig, og forholdene i samfunnet var betydelig annerledes enn det de er i dag. Det var nok ikke meningen at Flyktningkonvensjonen ikke skulle være statisk og ikke favne om nye forhold.

Det samme påpekes av UNHCR (2002) A.p. 3. ”...an evolutionary manner, open to diverse and changing nature groups in various societies and evolving international human rights norms”¹⁴³. Høyesterett påpeker i Rt. 2008 s. 513 i avsnitt 51 at slik utvikling skal ”i utgangspunktet skje innenfor rammen av konvensjonens ordlyd”

¹⁴¹ Øyen (2013) s. 38

¹⁴² Et eksempel på dette er kvinnelig kjønnslemlestelse.

¹⁴³ UNHCRs Guidelines on International Protection: “Membership of a particular social group” within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (2002) s. 2

Som påpekt av Goodwin-Gill, vil en fullstendig definisjon være lite praktisk¹⁴⁴ da det vil avgrense konvensjonens rekkevidde, og stenge for videre utvikling av flyktningretten.

Om utviklingen av spesiell sosial gruppe som konvensjonsgrunn uttales det i Shah & Islam (UK, 1999) at “In choosing to use the general term "particular social group" rather than an enumeration of specific social groups, the framers of the Convention were in my opinion intending to include whatever groups might be regarded as coming within the anti-discriminatory objectives of the Convention.”¹⁴⁵. Dette understreker at det dersom statene finner ut av det, er det fortsatt rom for videre utvikling av kvinner som spesiell sosial gruppe fordi ”Konvensjonens anses som et levende instrument”¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Goodwin-Gill, McAdam (2007) s. 70

¹⁴⁵ Shah & Islam, UK (1999) s. 15

¹⁴⁶ Øyen (2013) s. 38

4 AVSLUTTENDE KOMMENTARER

Som redegjort for i denne oppgaven, er begrepet ”spesiell sosial gruppe” etter Flyktningkonvensjonen i utgangspunktet ganske vagt. Enda vanskeligere blir det å fastslå hva det innebærer når kvinner som sosial gruppe drøftes. Inntrykket er at problemet i hovedsak går ut på at statene ikke foretar en vurdering som er kjønns sensitiv nok i den forstand at de ikke vektlegger at kvinner og menn behandles ulikt i mange kulturer. Et eksempel her kan være at i situasjoner som ligner, er det slik at menn slås, og kvinner voldtas¹⁴⁷.

Måten begrepet ”spesiell sosial gruppe” tolkes på i forskjellige stater er ikke konsistent. Spesielt USA og England har oppnådd liten indre enighet om hvordan ”spesiell sosial gruppe” skal tolkes og anvendes i kvinners tilfelle. Canada og Australia har mer konsis rettspraksis på dette området. En inkonsistent og vag tolkning fører til at forutberegnelighet ikke er mulig for søkeren, og hensynet til søkerens rettssikkerhet ikke ivaretas i stor nok grad.

En mulighet er å oppdatere Flyktningkonvensjonen og neve kvinner som et eksempel på en spesiell sosial gruppe eksplisitt slik at det ikke er noen tvil om at de i visse tilfeller kan utgjøre en spesiell sosial gruppe. Dersom en slik endring foretas vil det ikke lenger gå an for statene å bruke ”flod bølge”-bekymringer som grunnlag for ikke å anerkjenne kvinner som en spesiell sosial gruppe. Ved bekymringer om at en spesiell sosial gruppe skal inkludere for mange mennesker, er det viktig å huske på at det ikke går an å få asyl kun på grunnlag av at en tilhører en spesiell sosial gruppe, det er andre vilkår som også må være møtt.

Det må balanseres mellom en tolkning som ikke er for vag og inkludere for mange mennesker, og en tolkning som fører til at definisjonen blir som et knappenålshode som det er meget vanskelig å komme gjennom. Det må være mulig å utvikle konvensjonen videre, og ivareta dens dynamiske karakter, samtidig som at den ikke snevres inn på bekostning av asylsøkeres rettssikkerhet.

Mange land har valgt å følge UNHCRs anbefaling om at søkeren enten trenger å være del av en gruppe som har felles kjennetegn eller en gruppe som skiller seg ut i samfunnet. Det er positivt at de fleste land har sine egne retningslinjer om konvensjonsgrunnen, og anvender

¹⁴⁷ Musalo (2003) s. 781, 782

disse ved tolkningen av Flyktningkonvensjonen. Det at de forskjellige statene baserer sine egne retningslinjer på UNHCR sine, fører til at de i større grad samsvarer.

5 LITTERATURLISTE

5.1 Lover

Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven)

Lov av 15. mai 2008 nr. 35 om Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

5.2 Forskrifter

Forskriften av 15. Oktober 2009 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften)

5.3 Forarbeider

Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) *Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)* Arbeids-og inkluderingsdepartementet

5.4 Utredninger

NOU 2004:20 s. 72

5.5 Konvensjoner

FNs konvensjon om flyktningers stilling, 28. juli 1951

Wienkonvensjonen av 23. mai 1969

FNs internasjonal konvensjon om sosiale og politiske rettigheter (SP), 16. Desember 1966

FNs internasjonal konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), 16. desember 1966

FNs verdenserklæring om menneskerettigheter, 10. desember 1948

FNs konvensjon om å avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner, 18 desember 1979

5.6 Andre kilder

Gender Guidelines for the Determination of Asylum Claims in the UK. The Refugee Women's Legal Group, July 1988

EUs Statusdirektiv (2004): Council of the European Union, Council Directive 2004/83/EC of 29 (2004) on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted, 30 September 2004, OJ L. 304/12-304/23; 30.9.2004, 2004/83/EC

The Executive Commity on the International Protection og Refugees; *Conclusion no. No. 39 (XXXVI) Refugee Women and International Protection*. UNHCR, 18. October 1984.

University of Michigan Law School, *International Refugee Law: The Michigan Guidelines on Nexus to a Convention Ground*, 25 March 2001

5.7 Rettspraksis

Rt. 2010 s. 858 - HR-2010-1130-A

Rt. 2012 s. 139 - HR-2012-00248-A

5.8 Statspraksis

Australia

Applicant A and Another v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs, CLR 225, 1997, High Court of Australia

Minister for Immigration and Multicultural Affairs v Khawar , 210 CLR 1, 2002, High Court of Australia

Applicant S v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs, HCA 25, May 2004, High Court of Australia

Canada

Attorney General v. Ward, [1993] 2 S.C.R. 689, 30 June 1993, Supreme Court of Canada

United Kingdom

Januzi (FC) v. Secretary of State for the Home Department Hamid (FC)) v. Secretary of State for the Home Department; Gaafar (FC) v. Secretary of State for the Home Department; Mohammed (FC) v. Secretary of State for the Home Department, UKHL 5, House of Lords (Judicial Committee), 15. February 2006

(Fornah) Secretary of State for the Home Department v. K (FC) ; Fornah (FC) v. Secretary of State for the Home Department, UKHL 46, House of Lords (Judicial Committee), 18 October 2006, UK

Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department; R v. Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah (A.P.), Session 1998-1999, House of Lords (Judicial Committee), 25 March 1999, UK

Secretary of State for the Home Department v. ZH (Women as Particular Social Group) Iran, UKIAT 00207, Asylum and Immigration Tribunal / Immigration Appellate Authority, 6 June 2003, UK

Sepet (FC) and Another (FC) v. Secretary of State for the Home Department, UKHL 15, House of Lords (Judicial Committee), 20 March 2003, UK

USA

Matter of Acosta, A-24159781, United States Board of Immigration Appeals, 1 March 1985

Sepulveda v Gonzales, 464 F. 3d, 7th Cir., 2006

Matter of Kasinga, 21 I&N Dec. 357, 366, Board of Immigration Appeals, 13 June 1996

Matter of Rodi Adalí Alvarado-Peña, United States Board of Immigration Appeals, 1996

Fatin v. Immigration and Naturalization Service, 12 F.3d 1233, United States Court of Appeals for the Third Circuit, 20 December 1993

Matter of Toboso-Alfonso, United States Board of Immigration Appeals, 12 March 1990

Mya Lwin v. Immigration and Naturalization Service, No. 97-2490., United States Court of Appeals, Seventh Circuit, May 15., 1998

Immigration and Naturalization Service vs. Elias-Zacarias, 502 U.S. 478 , 502 U.S. 478 22 January 1992

Matter of Fuentes, United States Board of Immigration Appeals, 18 April 1988

Sanchez-Trujillo, et al., v. Immigration and Naturalization Service, 801 F.2d 1571, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 15 October 1986

New Zealand

Refugee Appeal No. 71427/99, Refugee Appeals Authority, Auckland, 14b July 1999

5.9 Bøker

Goodwin-Gill, Guy S. og Jane McAdam, *The Refugee in International Law*. Third Edition Oxford, 2009

Vevstad, Vigdis (RED.), *Utlendingsloven - Kommentarutgave*. Universitetsforlaget, 2010

Feller, Erika; Türk, Volker, Nicholson, Frances (Ed.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations in International Protection*. Cambridge, 2003

Arbel, Efrat; Dauvergne, Catherine; Millbank, Jenni (Ed.), *Gender in Refugee Law: From the margins to the centre*. Routledge, 2014

Øyen, Øyvind Dybvik (RED), *Lærebok i utlendingsrett*. Universitetsforlaget, 2013

Hathaway, James C., *The Rights of Refugees under International Law*. Cambridge University Press, 2005

5.10 Artikler

Foster, Michelle; *The 'Ground with the Least Clarity': A Comparative Study of Jurisprudential Developments relating to 'Membership of a Particular Social Group'*, UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), August 2012, PPLA/2012/02
<http://www.refworld.org/docid/4f7d94722.html>

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, April 2001
<http://www.refworld.org/docid/3b20a3914.html>

Aleinikoff, Alexander, *Membership of a Particular Social Group: Analysis and Proposed Conclusions (Draft) [Global Consultations on International Protection/Second Track]*. UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), 2001.
<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=3bf92b584&skip=0&query=nexus%20social%20group>

Musalo, Karen, *A Short History of Gender Asylum in the United States: Resistance and Ambivalence May Very Slowly Be Inching Towards Recognition of Women's Claims*, Refugee Survey Quarterly, Vol. 29, No. 2 (2010)
http://cgrs.uchastings.edu/sites/default/files/short_history_of_gender_asylum_Musalo_2010_0.pdf

Musalo, Karen; *Revisiting Social Group and Nexus in Gender Asylum Claims: A Unifying Rationale for Evolving Jurisprudence*, 52 DePaul L. Rev. 777 (2003)
http://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1568&context=faculty_scholarship

Center for Gender & Refugee Studies , *Matter of R.A.*

<http://cgrs.uchastings.edu/our-work/matter-r>

Lobo; Bethany Christa, *Women as a Particular Social Group: A Comparative Assessment of Gender Asylum Claims in the United States and United Kingdom*, Georgetown Law Review, Vol. 26, p. 361, 2012 (2012)

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2263350